



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A interpretação conforme à Constituição de norma penal incriminadora e seus efeitos na
Teoria do Crime

Raphael Caio Magalhães

Rio de Janeiro
2016

RAPHAEL CAIO MAGALHÃES

**A interpretação conforme à Constituição de norma penal incriminadora e seus efeitos na
Teoria do Crime**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2016

A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DE NORMA PENAL INCRIMINADORA E SEUS EFEITOS NA TEORIA DO CRIME

Raphael Caio Magalhães

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e Técnico em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual da Agência Nacional do Cinema. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Público e Privado na Preparação para a Carreira da Magistratura.

Resumo: No modelo constitucional do Direito Penal, a validade da norma incriminadora depende de sua conformidade com as regras e os princípios constitucionais. Essa concepção permite ao Poder Judiciário realizar o controle sobre o alcance dos tipos penais, valendo-se, para tanto, da técnica da interpretação conforme à Constituição. Este trabalho pretende examinar a compatibilidade desta atuação com as tradicionais categorias de análise sobre as quais se estrutura a teoria do crime, no intuito de aproximar duas realidades teóricas distintas.

Palavras-Chave: Direito Penal. Direito Constitucional. Interpretação Conforme à Constituição. Teoria do Crime. Tipo Penal.

Sumário: Introdução. 1. Teoria do Crime e suas Tensões com a Moderna Doutrina Constitucional. 2. Interpretação Conforme à Constituição de Norma Penal Incriminadora na Jurisprudência do STF. 3. Repercussão Prática da Discussão na Interpretação Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal, desde os julgamentos das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Caso da “Marcha da Maconha”, em 2011, e nº 54, Caso do Aborto de Fetus Anencéfalos, em 2012, intensificou o papel de protagonismo das normas constitucionais também no âmbito criminal, ao proferir decisões que limitam o alcance de tipos penais a partir da reafirmação de direitos e garantias fundamentais.

Isso se fez por meio da aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição sobre as normas incriminadoras, a partir do reconhecimento de que a Constituição veda materialmente a criminalização de determinadas condutas.

Como substrato dessa atuação é possível reconhecer a adoção de uma teoria do crime inserida em um modelo constitucional-garantista, que delega ao judiciário a atribuição de eleger os limites do alcance das normas penais, em compatibilidade com os direitos fundamentais veiculados na Constituição.

Ao se colocar em prática tal concepção, entretanto, vem se evidenciando um contexto de conflito entre a teoria do crime, que se estrutura a partir de conceitos desenvolvidos no século XIX, e a moderna teoria constitucional.

Por sua vez, na esfera acadêmica, enquanto abundam estudos focados na identificação dos pressupostos que permitem afastar determinadas condutas do âmbito de normatividade penal, não se verificam esforços na mesma medida para a delimitação das consequências dessa atividade judicial à dogmática penal.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende delimitar a influência que a realização de interpretação conforme à Constituição de norma penal incriminadora exerce nos institutos que compõem o conceito analítico de crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Para tanto, inicialmente será preciso identificar as tensões entre a teoria do crime e o atual fenômeno de prevalência constitucional sobre a legislação penal, evidenciando o descompasso entre duas realidades teóricas distintas.

Na sequência, se pretende aproximar essas realidades, ao se analisar em que aspecto do conceito analítico de crime a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal faz recair o afastamento do caráter criminoso da conduta que foi alvo de interpretação conforme à Constituição e se discutir a correção desse entendimento.

Por fim, poder-se-á mencionar possíveis repercussões práticas que a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal pode gerar.

Isso será realizado através de uma pesquisa qualitativa, de metodologia primordialmente bibliográfica e com propósitos explicativos.

1. TEORIA DO CRIME E SUAS TENSÕES COM A MODERNA DOUTRINA CONSTITUCIONAL

Em um modelo constitucional e garantista do Direito Penal, a validade da norma incriminadora não decorre de sua mera existência formal em lei, mas sim de sua compatibilidade com o texto e os valores constitucionais.

Por sua vez, esta norma incriminadora é estudada à luz de uma teoria do crime que se funda em uma concepção analítica estratificada de delito, cuja formulação teórica, embora tenha evoluído significativamente, se baseia em conceitos cunhados ainda no século XIX, a partir da noção de *Tatbestand*.

Este é o vocábulo alemão que designa a ideia de tipo penal. Seu conteúdo original concebia o delito com todos seus elementos e pressupostos de punibilidade¹, antes de sua estrutura ser decomposta em uma estrutura estratificada, chegando-se à concepção de Beling, que o torna independente da ilicitude e da culpabilidade², a qual se mostra ainda hoje predominante³.

¹ Nas lições de Damásio de Jesus “A expressão *Tatbestand* é composta de *Tat* (‘fato’) e *bestehen* (‘consistir’), significando aquilo em que o delito consiste. O *Tatbestand* era, então, o fato do delito, o seu conteúdo real. Era o conjunto de todos os caracteres do delito, de natureza interna ou externa e essenciais à sua existência” (JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 28. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 262.)

² Nas lições de Fernando Galvão “A inicial estruturação analítica bipartida pelo critério objetivo--subjeto sofreu constantes revisões. Com Beling, tomou a forma tripartida, por meio da introdução do conceito de tipo” (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183.)

³ Reconhece-se aqui a divergência entre modelos bipartidos, tripartidos ou até mesmo quadripartidos na estruturação analítica do conceito de crime, bem como a predominância do modelo tripartido. Entretanto, sem negar relevância à distinção teórica, a análise realizada neste trabalho daqui em diante levará em conta as

No momento histórico em que se operaram tais conceituações, ainda não se trabalhava a possibilidade de irradiação da Constituição e dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico, de forma que se faz preciso compatibilizar essas duas realidades.

Nessa ótica, a estrutura do delito com que se trabalha na dogmática penal apresenta elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade, afora a punibilidade para aqueles que adotam uma teoria quadripartida – que precisam apresentar-se reunidos para que se reconheça a configuração de um delito.

Esses elementos devem ser enxergados a partir de uma ordenação lógica, na qual a culpabilidade sucede a ilicitude e esta, por sua vez, sucede a tipicidade. Isso, entretanto, não significa que configurem uma soma de elementos autônomos, mas sim uma sequência de categorias lógicas de análise de uma conduta, como leciona Zaffaroni⁴:

La mayoría de los autores reconocen que la afirmación de un concepto analítico del delito no importa la consideración del mismo como una suma de elementos. Ello resulta a nuestro juicio certero, al punto que creemos que la consideración del delito como una ‘suma’ o ‘añadido’ de elementos configura una desviación grosera del pensamiento analítico, por lo que el rechazo de esta concepción nunca puede justificar el rechazo del criterio analítico que impone el avance por pasos, es decir, estratificadamente.

Para nosotros, el delito nunca puede ser una ‘suma de elementos’ porque su unidad está dada por la acción o conducta. Sus tres caracteres específicos son precisamente características que están en la acción, que pertenecen a ella y que sólo podemos escindir por análisis. Ahora bien, la circunstancia de que éstos sean solamente niveles analíticos no autoriza a que nos podamos mover de un plano al otro del análisis cuando nos convenga. Así, para determinar un plano A no podemos tomar en cuenta elementos que están en un plano C, que es una etapa posterior de análisis; eso nos lo impide el procedimiento analítico que exige que el análisis avance siguiendo un orden lógico, o sea en una prelación lógica.

Assim, ao se reconhecer a incidência de direitos fundamentais de caráter constitucional sobre a norma incriminadora, afastando o caráter delituoso de determinada conduta, é preciso estabelecer em qual dessas categorias se operarão tais efeitos.

categorias internas destes modelos - tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade – e suas interrelações, sem considerar o enquadramento que lhes é conferido.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 18.

Para se realizar tal tarefa, entretanto, não pode ser ignorada essa ordem sequencial e lógica de análise, sob pena de se ignorar toda a premissa teórica sobre a qual se assenta a responsabilidade penal em nosso ordenamento.

Vale dizer, partindo deste modelo tradicional de configuração de delito, é preciso analisar primeiro se a irradiação da norma constitucional elide a própria tipicidade da conduta para, apenas diante de uma resposta negativa a esta questão, analisar sua repercussão sobre a ilicitude, e assim sucessivamente.

É esta a questão a ser analisada no segundo capítulo desta obra, o que se fará à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas decisões em que confere interpretação conforme à Constituição a normas penais incriminadoras, afastando o caráter delituoso de determinadas condutas.

Antes disso, contudo, é preciso mencionar a existência de concepções que tornam mais fluidas as distinções entre esses elementos da conduta delituosa e podem interferir na resposta à questão posta em análise. Aqui se destaca a chamada tipicidade conglobante.

Em síntese, essa teoria prevê que o juízo de tipicidade não pode considerar o tipo incriminador de maneira isolada, mas sim correlacionado com toda ordem jurídica na qual inserido, no intuito de identificar o alcance da proibição que pretende veicular.

Vale dizer, se determinada conduta encontra correspondência no texto puro do enunciado normativo incriminador, essa circunstância não será suficiente para que seja penalmente típica, se fazendo necessário verificar se a sua proibição encontra respaldo no ordenamento considerado como um todo.

Assim explicam Zaffaroni e Pierangeli⁵:

Pois bem: pode ocorrer o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente, isto é, fazendo parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal

⁵ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 9. ed. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 478.

não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma.

Ressalte-se, entretanto, não ser tal teoria propriamente uma nova formulação de nenhum dos elementos que compõem a estrutura do delito, mas sim uma releitura da norma incriminadora da qual se extrai o tipo penal, como ressalta Paulo Queiroz⁶, ao afirmar que “[...] aquilo que se vem de chamar de ‘tipicidade conglobante’ é apenas um modo de interpretar o texto a partir do contexto, dando-lhe interpretação sistematizada [...]”.

Portanto, ao se analisar a repercussão da incidência de normas constitucionais sobre as normas incriminadoras, se mostra interessante também compreender a influência da teoria da tipicidade conglobante na discussão, no intuito de verificar se a premissa teórica adotada pode ou não ensejar consequências diversas.

2. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DE NORMA PENAL INCRIMINADORA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.

Como já ressaltado, o Supremo Tribunal Federal – a quem compete precipuamente a guarda da Constituição – julgou nesta década dois casos emblemáticos para a discussão aqui travada.

Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, Caso da “Marcha da Maconha”, e nº 54, Caso do Aborto de Fetos Anencéfalos, a Corte se valeu da técnica da interpretação conforme à Constituição sobre normas incriminadoras, afastando sua incidência em determinados casos.

⁶ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 149/150.

Inicialmente, cumpre destacar que a referida técnica, nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni⁷:

[...] não constitui método de interpretação, mas técnica de controle de constitucionalidade. Constitui técnica que impede a declaração de inconstitucionalidade da norma mediante a afirmação de que esta tem um sentido – ou uma interpretação – conforme à Constituição.

Vale dizer, ao aplicá-la, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade das normas incriminadoras em questão, afirmando que elas possuiriam interpretações admitidas pela CRFB. Entretanto, em hipóteses específicas, a sua aplicação conduziria à inconstitucionalidade.

No primeiro caso, se definiu que o crime de Apologia de Crime ou Criminoso, previsto no art. 287⁸ do Código Penal, deveria ser interpretado de forma a se permitir a realização de manifestações públicas em prol da legalização de substâncias entorpecentes.

A decisão se funda, em síntese, na ideia de que esse tipo de manifestação configuraria legítimo exercício do direito à livre expressão do pensamento, o qual seria ainda sustentado pelo exercício do direito de reunião, ambos de estatura constitucional (CRFB, art. 5º, IV, IX, XVI e 220).

A Corte ainda demonstrou uma postura mais ativa ao fixar parâmetros para a realização dessas manifestações, esclarecendo os limites em que tal prática se mostraria admitida pela CRFB. A enumeração de tais apontamentos, entretanto, é despicienda à discussão abordada no presente trabalho.

No segundo caso, a Corte⁹ reconheceu “[...] a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal [...]”.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1056/1057.

⁸ BRASIL. Código Penal. “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.”.

Em relação à estrutura do delito mencionada no capítulo anterior, poderia surgir uma discussão em tal decisão. Isso porque as hipóteses previstas no art. 128, I e II do Código Penal são vistas pela doutrina, de forma majoritária, como causas de exclusão da ilicitude¹⁰.

Entretanto, o voto condutor da decisão na ADPF 54 foi além, incluindo a interrupção da gestação nos casos de anencefalia não como uma terceira causa de justificação extraída diretamente da CRFB, mas como uma causa apta a afastar a própria tipicidade da conduta.

Isso porque se reconheceu a ausência de vida, sob o ponto de vista jurídico, a se lesar com tal conduta, uma vez que a ausência de potencialidade de vida extrauterina afastaria o feto anencefálico do âmbito de proteção reconhecido ao tipo penal do aborto.

O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, chega a discutir a inclusão da anencefalia como causa excludente de ilicitude, mas deixa claro que o faz para fins argumentativos, como se percebe da seguinte passagem de seu voto¹¹:

Definido o fato como atípico, em princípio a discussão (sobre a inclusão da anencefalia no rol do art. 128) estaria prejudicada, não cabendo cogitar de interpretação extensiva daquele preceito legal, e sim dizer que a antecipação do parto em caso de anencefalia não está abrangida pelo conceito de aborto. Repita-se: atípico o fato. Contudo, no caso dos autos o argumento da vontade do legislador não pode ser simplesmente ignorado [...]

Essa concepção é corroborada por abalizada doutrina, como se percebe da obra do professor Cezar Roberto Bitencourt¹²:

Com efeito, na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa interrupção de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, nem sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.

⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 1. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> > Acesso em 29/02/2016.

¹⁰ Em relação à causa do inciso II, Rogério Greco diverge, para afirmar ser a consagração de uma inexigibilidade de conduta diversa in GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 9 ed. V. 2. Niterói: Impetus, 2012, p. 240.

¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. p. 24.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial Dos Crimes Contra a Pessoa*. (Livro Digital) 12. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 199.

No julgamento da ADPF 187, entretanto, o voto condutor foi silente acerca das categorias em que se estrutura a teoria do crime, não revelando sobre qual elemento faria incidir o afastamento do caráter criminoso da chamada “Marcha da Maconha”.

Em conclusão, o Ministro Celso de Mello, relator da ação, se limita a dar ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “[...] de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica”¹³

A despeito do silêncio da Corte, a conclusão também deve situar o efeito dessa interpretação conforme no âmbito da tipicidade. Isso porque, o que está em análise quando da submissão de determinado enunciado normativo ao controle de constitucionalidade é sua própria validade. Vale dizer, quando se conclui que o enunciado do art. 287 possui validade constitucional apenas se não atingir a realização de manifestações públicas pela legalização das drogas, se está a afirmar, no âmbito da normatividade, que o próprio enunciado não pode ser aplicado neste caso.

Assim, embora previsto abstratamente no ordenamento, aquele tipo penal não alcança a conduta que ensejou a interpretação conforme à Constituição. A própria tipicidade estaria afastada. A conduta não seria, e não poderia ser, alcançada pelo tipo.

E aqui se trata de tipicidade formal, visto que a discussão está no âmbito da normatividade, ou seja, da possibilidade de submissão de determinada conduta à norma que se extrai do tipo penal.

Para se falar em tipicidade material, que se insere no âmbito da lesividade, ou seja, da afetação ou não, no caso concreto, do conteúdo material de proteção da norma, seria preciso reconhecer estar caracterizada a tipicidade formal, uma vez que, como já exposto, a

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 187. Relator Ministro Celso de Mello. p. 58. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195> > Acesso em 29/02/2016

análise dos elementos que compõem o crime deve se realizar segundo uma ordenação lógica, de forma que a discussão só avance à categoria seguinte se a anterior já estiver caracterizada.

Essa visão que situa o debate no âmbito da tipicidade, entretanto, não é compartilhada pela integralidade dos autores que se dispuseram a enfrentar o tema. Uma voz dissonante é a do professor Fernando Galvão, que trata o conflito aludido não à luz da atipicidade, mas a partir do conceito de crime impossível¹⁴:

Se não houver compatibilidade da norma incriminadora com os princípios fundamentais encartados na Constituição da República, a impossibilidade jurídica da incriminação caracterizará o crime (juridicamente) impossível. Com base em tais premissas, por exemplo, seria o caso de reconhecer o crime impossível na previsão legal que estabelecesse tipificação para a conduta de não comparecer a um determinado culto religioso. Considerando que a Constituição garante a liberdade de crença religiosa, a incriminação se apresentaria juridicamente impossível.

Percebe-se que o autor pretende ampliar a conceituação de crime impossível para abranger não apenas as situações em que sua consumação é faticamente impossível, pela impropriedade absoluta do objeto ou pela ineficácia absoluta do meio, mas também aquelas em que haveria uma impossibilidade jurídica da incriminação.

Tal construção, entretanto, revela-se um alargamento desnecessário do instituto do crime impossível, que foi concebido para determinar a punibilidade ou não de crimes tentados, a se perscrutar se sua consumação possuía alguma viabilidade ou se o bem jurídico esteve livre de qualquer ameaça desde o início da conduta frustrada.

A figura do crime juridicamente impossível que o autor propõe reflete concepção totalmente diversa, a guardar com o crime impossível tradicional apenas a semelhança de nomenclatura.

Parece mais acertado trabalhar com a categoria da tipicidade para tais hipóteses, visto que a impossibilidade jurídica da incriminação, a que o autor se refere, conduz necessariamente à não incriminação. E aquilo que a norma penal não pode incriminar tem que ser considerado fora dos limites típicos.

¹⁴ GALVÃO, op. cit., p. 268.

Vale ressaltar que reconhecer a solução no âmbito da tipicidade se revela resposta ainda mais adequada ao se verificar que ela mantém sua integridade ainda que se considere a aplicação da Teoria da Tipicidade Conglobante, antes mencionada.

É preciso, em realidade, reconhecer que o professor Zaffaroni, ao cunhar tal teoria, não chegou a propor que ela solucionasse a questão da irradiação dos princípios constitucionais em seu conflito com a norma incriminadora.

O autor se limita a aplicá-la para excluir a lesividade da conduta que i) não afete bem jurídico de maneira significante; ii) corresponda a um dever imposto pelo ordenamento; iii) corresponda a uma atividade fomentada pelo direito; iv) não ultrapassa o risco assumido pelo sujeito passivo e; v) não ultrapassa o risco permitido pelo ordenamento¹⁵.

Nos casos em análise, seria forçoso afirmar que as condutas de manifestar-se publicamente pela legalização de determinada substância ou de interromper a gravidez de feto anencéfalo seriam fomentadas pelo direito. Para efeitos de comparação, o próprio Zaffaroni elenca como atividades fomentadas a prática desportiva, a investigação científica e a atividade médica¹⁶, reconhecendo o papel positivo do Estado não apenas na regulamentação, mas na própria implementação de condições, inclusive orçamentárias, para a realização de tais atividades, o que não ocorre nos casos em análise.

Entretanto, o próprio autor deixa claro que a referida Teoria, ao considerar a norma incriminadora em conformidade com o resto do ordenamento, objetiva justamente resolver no âmbito da normatividade o conflito entre proibição e aceitação de uma mesma conduta, sem que se precise recorrer aos demais elementos da estrutura dogmática do crime¹⁷.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. V. II.i. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 214.

¹⁶ *Ibid.*, p. 244.

¹⁷ O autor exemplifica a desnecessidade de recorrer aos outros elementos da teoria do crime como uma consequência da Tipicidade Conglobante na realização de cirurgias terapêuticas: “A consideração conglobada da norma deduzida do tipo legal permite resolver a questão ao nível da normatividade, sem recorrer ao consentimento quando for evidente o fomento jurídico da ação, tal qual se dá nas intervenções cirúrgicas de finalidade terapêutica(...)”. *Ibid.*, p. 247.

Assim, ainda que a atividade não seja propriamente fomentada, se o seu exercício é admitido por uma norma de caráter central no ordenamento, não há razão para deixar de solucionar a questão no âmbito da normatividade ou, em outras palavras, no âmbito da tipicidade.

Desse modo, ainda que não se pretenda discutir neste trabalho o acerto ou não da Teoria da Tipicidade Conglobante, essa análise serve para reforçar que o problema se resolve no âmbito da tipicidade, mesmo partindo de um paradigma teórico diverso do inicialmente analisado.

3. REPERCUSSÃO PRÁTICA DA DISCUSSÃO NA INTERPRETAÇÃO PENAL.

Uma vez definida a natureza dos efeitos da realização de interpretações conforme à Constituição de normas penais incriminadoras como forma de exclusão da própria tipicidade formal do delito, é preciso identificar as consequências práticas dessa conclusão.

Para ilustrar essa repercussão de maneira clara, é possível trazer à baila, a título de exemplo, a situação em que uma mulher grávida, pretendendo realizar um aborto, desconhecendo a condição anencefálica do feto que carrega, realiza procedimento de extração desse de maneira eficaz. Apenas após este ato se constata a anencefalia e, conseqüentemente, a ausência de qualquer potencialidade de vida daquele feto que fora objeto material de sua conduta.

Diante de tal situação, os distintos posicionamentos abordados neste trabalho apresentam conclusões divergentes, como se verá.

De um lado, admitindo-se que a anencefalia afasta a própria tipicidade da conduta, na medida em que a ausência de viabilidade de vida extrauterina esvazia o próprio conceito de “aborto”, a extração antecipada de feto anencéfalo jamais constituiria crime.

Se o agente não realiza a conduta formalmente típica, pouco importa que o seu *animus* esteja direcionado à prática criminosa. Quando tal situação se verifica, ocorre aquilo que a doutrina denomina Delito Putativo por Erro de Tipo ou Crime Putativo.

Nos dizeres de Fernando Galvão¹⁸, o crime putativo “[...] existe somente na interpretação do sujeito que realiza a conduta, posto que não há previsão legal para a incriminação da conduta realizada”.

Essa manifestação volitiva dissociada da realização de uma conduta típica não possui qualquer repercussão penal. Ela não preencheria sequer o conceito de ação adotado pela teoria finalista, atualmente aplicada no direito penal pátrio.

Em tal concepção, a ação se realiza em duas fases. Na primeira, inteiramente realizada na esfera do pensamento, o agente antecipa o fim que deseja realizar e identifica os meios que pretende empregar para alcançá-lo. Na segunda, ele desenvolve sua ação no mundo real de acordo com a antecipação mental efetuada¹⁹.

Se o sujeito limitar-se à primeira fase, mas colocar em prática conduta diversa, não há ação finalística. E reconhecer relevância penal a tal manifestação importaria clara violação ao princípio da lesividade, uma vez que sem a manifestação externa da conduta, não há como se conceber lesão ou perigo penalmente relevante a qualquer bem ou interesse.

Por sua vez, caso se reconheça que a descriminalização do aborto de feto anencéfalo é causa excludente da ilicitude da conduta, ampliando-se jurisprudencialmente o rol do art. 128²⁰ do Código Penal, como se chegou a discutir no âmbito da ADPF 54, a conduta acima narrada se mostraria formalmente típica, por se tratar de aborto provocado por gestante em si

¹⁸ GALVÃO, op. cit., p. 271.

¹⁹ Nesse sentido: WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal*. Uma Introdução à doutrina da ação finalista. Tradução Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32/33

²⁰ BRASIL. Código Penal. “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

mesma, preenchendo-se todas as elementares do crime previsto no art. 124²¹ do mesmo diploma.

Ressalte-se que, como tal entendimento não admite a ideia de que a ausência de potencialidade vital extrauterina descaracterizaria o conceito de “aborto”, a interrupção da vida intrauterina do feto, que é o objeto material do crime, já evidenciaria afetação do bem jurídico tutelado, ainda que ele jamais viesse a atingir uma condição viável de vida. Dessa forma, também estaria presente a tipicidade material da conduta.

Ao se verificar a ilicitude, próxima categoria lógica de análise da conduta, o afastamento do seu caráter criminoso também não seria possível.

Para compreender tal afirmação, é preciso destacar que Welzel²², no desenvolvimento da teoria finalista, já reconhecia um caráter subjetivo à categoria da antijuridicidade²³, na medida em que esta teria por objeto a ação, que se compõe necessariamente de um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo:

Devido à variedade de sentidos do conceito ‘objetivo’, surgiu a crença equivocada de que a antijuridicidade pode referir-se apenas à face objetiva (do mundo exterior) da ação, por ser um juízo de desvalor ‘objetivo’. Na realidade a palavra ‘objetivo’ é empregada aqui em dois sentidos. A antijuridicidade só é objetiva no sentido de um juízo valorativo geral; seu objeto, a ação, é, pelo contrário, uma unidade de elementos objetivos (do mundo exterior) e subjetivos (anímicos).

Assim, no bojo da concepção finalista parte da doutrina passou a reconhecer que todas as causas de exclusão da ilicitude exigiriam a presença de requisitos objetivos e subjetivos. Vale dizer, não bastaria o atuar em situação justificante, também seria preciso ter conhecimento desta situação e a partir disso dirigir a sua vontade.

²¹ BRASIL. Código Penal. “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”.

²² Ibid., p. 64

²³ Ou Ilicitude, termo mais aceito atualmente.

Nesse sentido, Fernando Galvão²⁴ afirma que “[...] o desvalor da conduta não pode desaparecer se o sujeito orientar-se por motivos de desprezo aos bens ou interesses juridicamente tutelados”.

Dessa forma, a grávida que desconhece o fato justificante consistente na anencefalia do feto não estaria coberta pela causa legal de exclusão da ilicitude, visto que dirige a sua vontade para a realização de uma conduta ilícita, mantendo-se íntegro o desvalor de sua conduta.

No âmbito da culpabilidade sequer se afigura uma discussão sobre a existência de qualquer causa excludente na conduta narrada. O mesmo se pode dizer da punibilidade.

Assim, a se entender que a anencefalia teria natureza de causa excludente de ilicitude, a única solução possível para o caso narrado seria a responsabilização da agente pelo aborto realizado, em sua forma consumada, fazendo-a incidir nas penas do art. 124 do Código Penal.

Com isso se evidencia a distinção drástica de efeitos que pode se operar a partir da adoção de uma ou outra concepção sobre o enquadramento jurídico-penal que se deve dar à interpretação conforme à Constituição realizada na ADPF nº 54.

Situações semelhantes poderiam ser elaboradas para ilustrar qualquer outra hipótese de aplicação dessa técnica para afastar o caráter criminoso de determinada conduta. A depender do enquadramento dado a tal afastamento, ter-se-iam respostas penais diversas, a evidenciar a relevância de se trabalhar com as categorias da teoria do crime ao se discutir a constitucionalidade de determinada norma incriminadora.

²⁴ GALVÃO, op. cit., p. 354.

CONCLUSÃO

O reconhecimento de que a Constituição limita o alcance das normas penais e até mesmo veda a criminalização de determinadas condutas se tornou possível com a estruturação de um modelo constitucional do Direito Penal, no qual a validade da norma incriminadora depende de sua compatibilidade com as regras e os princípios constitucionais.

Esse contexto permitiu ao Supremo Tribunal Federal proferir decisões que concretizam essa limitação constitucional ao alcance de alguns tipos penais, valendo-se, para tanto, da técnica da interpretação conforme à Constituição.

Ao se analisar essas decisões, se mostrou fundamental realizar o necessário confronto de suas repercussões com as categorias de análise da teoria do crime. Nessa tarefa verificou-se que o STF não apresenta sempre de maneira clara o elemento sobre o qual recai o afastamento do caráter criminoso da conduta que está a declarar.

Quando o fez, como ocorreu no julgamento da ADPF 54, para concluir que estava afastando a tipicidade da conduta, foi levado a tanto pelas peculiaridades do caso, cuja discussão circundava o próprio significado de uma elementar típica: o “aborto”.

No julgamento da ADPF 187, por sua vez, não estava em discussão a interpretação de qualquer elementar do crime de Apologia de Crime ou Criminoso, mas sim o alcance que pode ser conferido à norma incriminadora diante das garantias constitucionais da livre expressão do pensamento e do direito de reunião. Nesse caso, a Corte passou ao largo dos conceitos de análise da teoria do crime, evidenciando o descompasso entre a discussão constitucional e a teoria sobre a qual se estrutura a dogmática penal.

Por esse motivo, o presente trabalho pretendeu conciliar as duas realidades ao identificar como a interpretação conforme à Constituição repercute na própria tipicidade

formal do delito. Assim, se conclui que aquela conduta cuja criminalização é vedada pela Constituição não é sequer alcançada pelos limites normativos do tipo penal.

Ao se testar tal constatação no âmbito da teoria da tipicidade conglobante, ela mostrou se amoldar de maneira adequada mesmo diante de uma premissa diversa de análise, reforçando o seu acerto.

E o esforço aqui empregado não apresenta apenas soluções para um problema dogmático, de compatibilização entre duas realidades teóricas distintas, que se poderia reputar estéril, mas também gera repercussões práticas, como se evidenciou no terceiro capítulo deste trabalho.

Assim, resta evidente a possibilidade de se aliar a hermenêutica constitucional à teoria do crime, aproximando duas realidades teóricas distintas. Tal tarefa mostra especial relevância quando a atuação jurisdicional prestigia um modelo constitucional do direito penal, e o esforço aqui empreendido destina-se a evitar o esvaziamento da clareza de que se deve revestir a norma penal perante seus intérpretes e seus destinatários.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Especial Dos Crimes Contra a Pessoa*. (Livro Digital) 12. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2012

BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > Acesso em 13/04/2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio. p. 1. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> > Acesso em 29/02/2016.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 187. Relator Ministro Celso de Mello. p. 58. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195> > Acesso em 29/02/2016

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. 9. ed. v. 2. Niterói: Impetus, 2012.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal Parte Geral*. 28. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 9. ed. v 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal Parte Geral*. (Livro Digital) 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico-Penal Uma Introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução Luiz Regis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. *Direito Penal Brasileiro*. V. II.i. Rio de Janeiro: Revan, 2010.