

A EXEGESE DOS VERBOS NUCLEARES DOS ARTIGOS 218, 218-A, 218-B, 227 E 228 DO CÓDIGO PENAL

THE INTERPRETATION OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODES ARTICLES
218, 218-A, 218-B, 227 AND 228

PAULO CESAR BENTO MANTOVANI JUNIOR

Bacharelado em Direito

Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá, Brasil

paulo.mantovani@hotmail.com

RESUMO: A forma de interpretação de determinados tipos penais que podem ser encontrados no estatuto repressivo, tendo em vista as diversas inconsistências e equívocos levantados em artigos do Código Penal sobre crimes sexuais contra vulneráveis e crimes que versem sobre lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual, inicia-se com a explanação de princípios jurídicos para que se possa, com facilidade, compreender a esfera de argumentação aludida ao longo da pesquisa. Ademais, permanecendo o vigorante entendimento, fomenta-se a violação a princípios constitucionais de que um Estado Democrático de Direito se vincula a sua constituição. A exposição dos erros interpretativos até agora não suscitados pelas doutrinas e pelos tribunais é interposta a limitada solução ao problema ora debatido para que gere ulteriores efeitos.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação de normas penais - verbos nucleares penais - hermenêutica – princípios penais – princípios constitucionais – normas penais e constitucionais.

ABSTRACT: Based on articles of the Penal Code, sexual crimes against vulnerable and crimes that relate to pimping and trafficking of person for prostitution purposes or otherwise of sexual exploitation, the analysis aim is the interpretation form of certain criminal norms that can be found in the Repressive Statute, considering the various inconsistencies and misconceptions raised during the work elapse. To do so, it begins with the explanation of Legal Principles so that one can easily understand the sphere of argumentation alluded to throughout the research. In addition, if it is remained the vigorous understanding, a violation of Constitutional Principles referred to a Democratic State of Law in its constitution is fomented. The exposition of interpretative errors hitherto not raised by doctrine and the courts. At the end, it is interposed one limited but possible solution to the problem under discussion.

KEYWORDS: Criminal norms interpretation – hermeneutics – penal principles – constitutional principles – constitutional and criminal norms.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dos princípios penais; 2.1. Do princípio da legalidade; 2.2. Da taxatividade; 3. Das lacunas legais em matéria penal; 4. Da analogia e da interpretação das normas penais; 4.1. Da vedação à analogia *in malam partem*; 4.2. Dos verbos induzir e instigar; 4.2.1. Do significado em cada tipo penal; 4.2.2. Das lacunas legais na legislação penal; 4.2.3. Da crítica; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

No direito romano, o aforismo *benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* traduzido ao português

diz que “as leis devem ser interpretadas benignamente para que desta forma seja respeitada sua vontade.”¹

Quer dizer, a hermenêutica que se empreende em torno de um dado legislativo não é, nem pode ser, unívoca e impassível a apontamentos e a críticas. Essa situação agrava-se justamente quando se entra no domínio do direito penal, já que uma interpretação equivocada pode levar ao vilipêndio irretroativo de um direito disponível de um dado indivíduo na sua liberdade de locomoção.

A exegese empregada é que levará a uma possível condenação ou absolvição, e, a depender do caso concreto, poder-se-á desferir duro golpe contra a vida de um sujeito, tendo em vista que muitas coisas são passíveis de ressarcimento, mas o tempo perdido, ou o tempo cerceado, jamais pode ser restituído, ainda que vultosa quantia monetária seja despendida.

O equívoco interpretativo de normas se trata de um preceito subjetivo capaz de acautelar demasiado período de vida de um sujeito cuja lacuna deixada pelo legislador não teria sido percebida pelos intérpretes até então. Não é só a possibilidade de uma condenação criminal e o posterior cumprimento da pena que se discutem. A natureza dos crimes em análise, ainda que cumprida integralmente uma eventual reprimenda ao sujeito, permanecerá como marca do cometimento criminal. Tudo por um esforço interpretativo equivocado.

Com fulcro em fazer cumprir os princípios fundamentais, indisponíveis e pétreos, constitucionalmente assegurados pela Carta Fundamental de 1988, este trabalho aprofundará de forma solene na exegese dos artigos referidos no título tendo como parâmetro os comandos hermenêuticos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, cujo vasto conteúdo doutrinário e científico levanta o problema que vigora nos salões da justiça brasileira, deixando uma longínqua possibilidade de reparo.

1 CAMPOLINA, Antônio Carlos. *Senatus Populusque Romanus, O Senado e o povo romano*, p.36.

2. Dos princípios penais

Preliminarmente, convém que se esboce o pano de fundo parâmetro para a compreensão do sistema que será levantado ao longo da obra.

É que se mostra inadmissível uma análise minuciosa e crítica de estamentos penais, com relevante enfoque em interpretação e digressões hermenêuticas, sem antes argumentar sobre os princípios imanentes à própria ciência criminal como um todo. Esses princípios receberam constantes recargas filosóficas ao longo dos séculos, mas não perderam a *prima facie* ante o verdadeiro sentido que os ornaram.

Não obstante o real objetivo deste trabalho, objetar-se-á entrar em demasiada argumentação a respeito das características e considerações sobre “princípios” jurídicos. Far-se-á apenas breve explanação acerca dos parâmetros que constituem “eixo” do presente postulado.

2.1 Do princípio da legalidade

Consagrado em nossa suprema legislação de forma esparsa, não o positivando em um rol específico, logra-se o princípio da legalidade². Tal princípio é fundamental para limitar o poder punitivo estatal ao funcionar como um contrapeso às ações repressivas no âmbito penal³. Cabe frisar que o princípio da legalidade é tão significativa para a segurança jurídica e para a correta aplicação da lei e da ordem, que este é um imperativo que não permite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, e somente regimes totalitários o negariam.⁴

2 v.g. artigo 5º, XXXIX da Carta Magna, onde diz que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, trata-se do puro princípio da reserva legal e também do da legalidade.

3 Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Arán, *Lecciones de Derecho Penal*, Sevilla, 1991, p.74.

4 Milton Cairoli Martinez, *Curso de Derecho Penal uruguayo*, 2 ed. 2.ª reimpr., Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1990, t.1, p.99.

Nesse sentido, o jurista espanhol Jiménez de Asúa resume com louvor o princípio da legalidade: “Todos têm o direito de fazer aquilo que não prejudica a outro e ninguém estará obrigado a fazer o que não estiver legalmente ordenado, nem impedido de executar o que a lei não proíbe”⁵.

Essa disposição, unida a outras como a da exclusividade da retroatividade da lei penal para benefício do réu, encontra sua fonte no puro ideário do estado de direito, em que qualquer ação que vá de encontro à liberdade de outrem deverá ter fundamentos e justificativas legais.⁶ O próprio código penal prevê que não se pode dar por delituosa a ação de alguém sem que haja lei que a defina como tal. Daí se denota o brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* (não há crime se não há lei prévia).

O princípio da reserva legal, que se encontra em união de esforços ao princípio da legalidade, contempla, igualmente, o princípio da determinabilidade ou da precisão do tipo penal (*lex stricta*). Estabelece que o indivíduo há de ter plena condição de saber o que é permitido ou proibido. Mesmo que se saiba que é ineficaz e antijurídico impedir a utilização dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, os quais estão à margem de tais princípios, é notável que seu uso não deve vilipendiar os axiomas supracitados, ou seja, acarretar imprecisão das condutas proibidas pela lei penal⁷.

É insustentável que se admita ao princípio da legalidade um aspecto meramente formal, sendo imprescindível arremeter sua compatibilidade material a um texto que lhe é superior, ou seja, a Constituição.⁸ Assim Ferrajoli eterniza, com autoridade:

5 Jiménez de ASSÚA, Luiz. *Principios de derecho penal* – La ley y el delito, p.96.

6 Gilmar Ferreira Mendes, *Curso de Direito Constitucional*, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 495.

7 Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal*, cit., p.173-175; Francisco de Assis Toledo, *Principios básicos de Direito Penal*, cit.; Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p.291.

8 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Especial*, p. 17.

No Estado de direito o princípio da sujeição, não só formal como também o material da lei ordinária à norma constitucional, possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formularemos o princípio de mera e o de estrita legalidade. Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa⁹.

O jurista italiano nos faz enxergar que a própria elaboração das leis e sua *verificabilidade* ou *falseabilidade* estão diretamente ligadas à clareza das normas, ou seja, o princípio da legalidade estrita; e não podemos nos confortar com a *mera legalidade*, aquela principalmente voltada aos juízes, já que nem todos os tipos penais adotam a taxatividade necessária para tal.¹⁰ Ferrajoli ainda cita o artigo 1.º do código penal italiano como destaque para a teoria da denotação jurídica: “Ninguém pode ser punido por um fato que não esteja *expressamente* previsto na lei como delito”. Esse princípio, como baluarte de um sistema penal cognitivo que impõe como regra o legislador usar termos na confecção das leis que tenham extensão determinada, conota em sua pretensão palavras que não sejam vagas ou demasiado abertas, mas o mais direta e clara possíveis.¹¹

É imperativo que as normas criminais e a previsão de delitos sejam dotadas de características idôneas na determinação de seu campo de aplicação, reforçando-se que isso deve ser feito de maneira exaustiva para que se dê segurança jurídica ao aplicador e não caia no contraditório em relação a outras figuras de delito conotadas por normas concorrentes.¹²

9 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p.307.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, p.87.

11 *Ibidem*, p.117.

12 *Ibidem*, p.117.

Precedente assentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *habeas corpus* 109.277, relatoria do ministro Ayres Britto, trouxe interessante discussão a respeito do precípua princípio da legalidade penal, *in verbis*:

O tema da insignificância penal diz respeito à chamada “legalidade penal”, expressamente positivada como ato-condição da descrição de determinada conduta humana como crime e, nessa medida, passível de apenamento estatal, tudo conforme a regra que se extrai do inciso XXXIX do artigo 5º da CF, *literis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É que a norma criminalizante (seja ela proibitiva, seja impositiva de condutas) opera, ela mesma, como instrumento de calibração entre o poder persecutório-punitivo do Estado e a liberdade individual. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal da interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. (STF – HC 109.277, rel. min. Ayres Britto, j. 13-12-2011, 2.^a Turma, DJe de 22.2.2012).

O princípio da legalidade é entendido não só como uma forma de controle do poder punitivo estatal, mas também como próprio garantidor daquele, ao trazer a segurança jurídica necessária para a feitura, manutenção e promoção da pacificação social.

Uma vez destoante da legalidade, em justa confrontação com a regra da legalidade, pode-se dizer que toda e qualquer manifestação de vontade, seja do Estado-juiz, por meio de suas decisões, seja por particulares em seus negócios jurídicos, perder-se-á qualquer legitimidade e ficará, portanto, submisso às intempéries da nulidade.

Cumprido destacar que o desembargador brasileiro Amilton Bueno de Carvalho relembra com maestria a obra de Jesús Antonio de la Torre Rangel que discursa sobre *el derecho como arma de liberación em América Latina*:

La legalidad y su interpretación, así, aterrizan los principios y persiguen incesantemente la utopía. Entonces el límite del juzgador pasa a ser en una punta el hecho concreto y en la otra los principios generales del derecho. Y si la legalidad no está de acuerdo con los principios pierde su legitimidad y se está autorizado a negarla.¹³

Portanto, no momento de imergir na digressão interpretativa, principalmente em matéria penal, quando muitas vezes se estará manuseando o direito indisponível da liberdade de locomoção, cuidado se deve ter ao manuseio da letra da lei, justamente para atentar-se aos princípios e às regras que ornaram todo o ordenamento jurídico do qual é parâmetro, e acolher com muita cautela propostas oriundas de eventuais partes num processo.

2.2 Da taxatividade

O princípio da legalidade vincula ao operador do direito o dever de observar a conduta dada por criminosa a fim de verificar se há enquadramento dela entre os tipos penais, postulado que também obriga ao legislador, na égide criminal, elaborar tipos que sejam claros assim como eficientes. A lei que se identifica demasiado aberta à interpretação, ou seja, sem objetividade e foco, não cumprirá o pressuposto princípio da legalidade, porquanto no estado democrático de direito os direitos individuais não podem ser vilipendiados por normas exageradas e desproporcionais. A construção de normas penais dúbias e repletas de termos valorativos e imprecisos pode dar ensejo ao abuso do Estado na forma de invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos, haja vista que se trata de um princípio visivelmente decorrente do da legalidade.¹⁴ Conforme o penalista alemão Claus Roxin:

13 CARVALHO, Amilton Bueno de, *apud* RANGEL, Jesús António de la Torre, 2006, p. 176.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral; parte especial*. 4 ed.. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.75.

[...] uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo¹⁵

Todavia, não se pode falar que a ciência jurídica é uma matéria de total determinação, cujas normas são sempre objetivas e de única interpretação. O legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos inseridos como cláusulas gerais, os quais permitem melhor adequação da norma de proibição à do comportamento efetivado.¹⁶ Destarte, há a necessidade de um meio termo, uma plataforma na qual se respeitem os limites da indeterminação da lei, à qual se lhe dá certo grau de interpretação, a proteção dos bens jurídicos fundamentais inerentes ao bem-estar social, e os sensíveis à dignidade da pessoa humana contra a invasão do Estado mediante abuso de hermenêutica.

Novamente Roxin sugere vários critérios para encontrar esse equilíbrio:¹⁷

1.º) Conforme o Tribunal Constitucional Federal alemão, a exigência de determinação legal aumentaria junto com a quantidade de pena prevista para o tipo penal, e a consagração pela jurisprudência de uma lei indeterminada atenderia ao mandamento constitucional.

2.º) Haveria inconstitucionalidade quando o legislador, dispondo da possibilidade de uma redação legal mais precisa, não a adota. Embora seja um critério razoável, ignora que nem toda previsão legal menos feliz pode ser tachada de inconstitucional.

3.º) O princípio da ponderação, segundo o qual os conceitos necessitados de complementação valorativa serão admissíveis se

15 ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, p.169.

16 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*. 21 ed.. São Paulo, Editora Saraiva, 2015, p.52.

17 ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, p. 172

os interesses de uma justa solução do caso concreto forem preponderantes em relação ao interesse da segurança jurídica.

O jurista Luigi Ferrajoli na obra *Direito e Razão* prevê que o princípio da taxatividade penal caminha junto ao da legalidade estrita. Todavia, o ideário de estrita legalidade e perfeita taxatividade dos tipos é dificilmente aplicado ou aplicável em um todo, por entender que sempre existirão lacunas na lei que permitirão a investida da semântica jurídica e, portanto, certo grau de discricionariedade.¹⁸

Mencionando o filósofo político britânico Herbert Hart, “em todas as leis existe uma ‘penumbra’ junto ao seu núcleo luminoso. As palavras da lei ‘não são obviamente aplicáveis... tampouco excluíveis’”¹⁹.

A respeito disso, o *caput* do artigo 121 diz que “matar alguém” é uma característica única e denotada. Porém, no §1º, entre as causas de diminuição de pena, ressalva: “se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social, ou moral (...)”. Nota-se aqui circunstância vaga e indeterminada para a concepção do que é valor social ou moral, e se admitem várias interpretações. Mesmo que as principais doutrinas brasileiras tratem essa matéria como algo certo e determinado, nada impede que se busquem outros significados em momentos históricos e conjunturais diferentes. No primeiro caso, o juízo de aplicabilidade é indiscutível; no segundo, conforme já exposto, admitem-se diversas interpretações.

3. Das lacunas legais em matéria penal

Legislador algum é livre de erros, nem o processo legislativo totalmente imune a vícios. Em outra égide, é facilmente notável, para operadores ou não do direito, que o Código Penal publicado em 1940 possui diversos erros principalmente gramaticais, e

18 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*, p.118.

19 H.L.A. Hart, *Positivism and the separatism of Law and morals (1958)*, trad. It. In. *Contributi*, cit., p.129.

estes, por sua vez, podem alterar, de uma forma ou de outra, a interpretação dos juristas e outros manipuladores da lei. Ora, não entra em mérito aqui a discricionariedade das leis, pois esta é implícita ao processo legislativo. Nota-se, porém, real situação de erro na redação do artigo 235 (crime de bigamia):

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, *novo casamento*:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai *casamento* com pessoa casada, conhecendo essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro *casamento*, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

No delito transcrito, observa-se que se tutela tão apenas o instituto do *casamento* e nenhuma outra forma de constituição de entidade familiar que tenha atendido às disposições legais como, por exemplo, a *união estável*, justamente porque, caso o intérprete o faça, estará agredindo frontalmente o princípio da taxatividade e ensejando a reprovável analogia *in malam partem*.

Outro exemplo é o artigo 288-A, também do Código Penal brasileiro, cuja redação é:

Art. 288-A - Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão *com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código*:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Em primeiro momento, o artigo foi inserido às pressas justamente por prever uma cláusula generalíssima, aberta e perigosa ao bom andar do Direito, o mandamento de “*praticar qualquer dos crimes*”, mesmo sendo difícil visualizar uma organização paramilitar com a precípua destinação de praticar falsidade ideológica ou fraudar certames públicos.

Carece de enfoque é a expressa e restrita previsão de que somente se enquadrarão no delito os crimes descritos no Código Penal, e em mais nenhuma lei incriminadora, como a Lei 11.343/2006 (lei de drogas), a 9.455/1997 (tortura) ou 10.826/2003 (estatuto do desarmamento). Portanto, é claro o vácuo hermenêutico, tutelador e individualizador que orna o crime comentado alhures.

Não obstante, o artigo 289, §3º, inciso II, do Estatuto Repressivo, traz a redação seguinte:

Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa

(...)

§ 3º - É punido com reclusão, de três a quinze anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:

(...)

II - *de papel-moeda* em quantidade superior à autorizada.

Detrai-se da incriminação supra que tão somente se punirá acaso os verbos tipificados no § 3º estiverem se tratando de papel-moeda, suprimindo-se, por exemplo, moedas metálicas. Alargada a interpretação e aplicabilidade da norma incriminadora, estar-se-á adentrando no campo da violação à legalidade e taxatividade das normas.

Portanto, há diversos casos no Código Penal, mas também em normas incriminadoras especiais, que, ao serem analisados criticamente, têm o condão de ensejar reprovável violação ao princípio da legalidade, taxatividade e subsidiariedade imanentes ao Direito Penal, justamente porque, em um acesso de ativismo judicial, todo o direito se poderá prejudicar, em razão de falha anterior.

Colocando-se o pressuposto da estrita legalidade, é possível que, ao fazer uma leitura geral do código penal, e posterior in-

interpretação sistemática, logre-se localizar não somente situações de engodo legislativo, mas também equívocos interpretativos de conceitos dominantes, os quais ferem princípios baluartes da ciência criminal. Não é dispensável dizer, também, que os erros legislativos muitas vezes são a causa para que tais incongruências aconteçam, como em normas penais já citadas.

O Supremo Tribunal Federal oferece jurisprudência neste sentido, sendo o julgamento do *habeas corpus* 95.978, de relatoria do ministro Cezar Peluso, expoente em impedir a extensão interpretativa de normas legais. Naquele caso do remédio heroico, tratava-se do delito de homicídio. Cumpre fazer a transcrição de extratos do precedente:

[...] não se pode, mediante ato do intérprete, criar figura típica, sob pena de grave e ostensiva violação ao princípio da legalidade penal. [...] a legislação penal não prevê figura de homicídio culposo qualificado por inobservância de regra técnica. Note-se que isso não significa seja a causa de aumento de pena inaplicável [...] mas apenas que é mister a concorrência de duas condutas distintas, uma para fundamentar a culpa, e outra para configurar a majorante. [...]. (STF- HC 96.078, rel. min. Cezar Peluso, j. 10-3-2009, 2.^a Turma, DJe de 15.5.2009).

4. Da analogia e da interpretação das normas penais

Diversos paradigmas e métodos esclarecem o significado da norma penal e dão aplicabilidade às situações cotidianas. Métodos como o gramatical, sistemático, teleológico e histórico norteiam o processo interpretativo dentro do direito penal brasileiro. O jurisconsulto brasileiro Cezar Bittencourt afirma com maestria:

O Direito Penal não exige nenhum método particular de interpretação, diferente da interpretação jurídica geral. Assim, qualquer processo idôneo de hermenêutica pode ser aplicado no

âmbito do direito criminal. Afora os limites determinados pelo princípio da legalidade, os resultados poderão ir até onde uma legítima e idônea interpretação os conduza.²⁰

O processo de analogia difere do da interpretação, visto que tal procedimento é usado para dar aplicabilidade às leis penais quando houver lacunas deixadas pelo legislador. Se, por exemplo, o legislador grifou no texto que uma determinada lei “A” deu consideração a um fato “B”, mas o juiz decidiu “C”, as tentativas de encontrar enquadramento legal falharam. Todavia, o magistrado, vislumbrando verossimilhança entre os fatos “B” e “C”, aplicou a lei “A”, dada a lacuna nela, executa-se, assim, o processo de integração da norma penal. É neste ponto que tal instituto difere, dado que a interpretação é um procedimento que busca o significado da lei em sua exatidão, já que aquela integra a norma penal a um fato ainda desinencial.

A interpretação, mais precisamente no campo da hermenêutica, pelo caráter discricionário das leis, deve permitir a subjetividade, de forma que estamento legislativo algum é munido de apenas um e incontestado entendimento. A respeito, o filósofo mexicano Beuchot destaca a diferença entre uma hermenêutica positivista, imutável, que anota haver apenas uma incontestável e única interpretação, e a hermenêutica românticista, em que a subjetividade “[en] el romanticismo estuvo aparentado com esa subjetividad absoluta del idealismo... racionaba contra las ciencias formales y naturales que le presentaba el positivismo, pero no contra las ciencias sociales que nacían...”²¹.

Não obstante, o jurista e filósofo mexicano Beuchot continua insistindo na necessidade de se objetarem os extremos hermenêuticos, o utilitarismo jurídico, a unissonidade de entendimentos e a impassibilidade de mudança exegética, *in verbis*:

20 BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 187.

21 BEUCHOT, *Perfiles esenciales de la hermenêutica*, p. 37.

Para remediar esa caída en los extremos, podemos proponer un medio analógico, que sería una hermenéutica en la que las interpretaciones no fueran todas inconmensurables, equívocas, ni todas tuvieran que ser idénticas por sólo haber una posible, unívoca, sino que fueran en parte comunicables, precisamente por tener una parte de comunidad o igualdad, pero preponderadamente diversas, por guardar en cierta medida la particularidad del intérprete.²²

Portanto, há que se ressaltar a questão da hermenêutica como instrumento primordial do direito, na qual existem ressalvas e freios, como todo e qualquer princípio ou regra jurídica, não obstante se mostrar indispensável para o correto exercício da função jurisdicional.

4.1 Da vedação à analogia *in malam partem*

Como foi afirmado, durante a análise do princípio da taxatividade e da legalidade, nenhuma lei é capaz de contemplar todas as hipóteses que a complexidade da vida social pode apresentar ao longo do tempo.²³ O direito e seu império de leis possui a característica da discricionariedade, que admite um esforço interpretativo analógico para alcançar a pretensa pacificação social. Nenhum sistema jurídico é imune a lacunas, especialmente o ramo do direito penal, pois a sociedade está em constante mudança, assim como os agentes que dela participam.

Para o professor, pedagogo e filólogo brasileiro Aníbal Bruno, “a vida, na sua evolução, se distancia do Direito legislado, ultrapassa-o e vai criar, assim, outras lacunas no sistema jurídico. Se novas leis não ocorrem para cobri-las, é ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo de analogia.”²⁴ Entretanto, é impe-

22 BEUCHOT, *Tratado de hermenéutica*, p. 37-38.

23 BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 197.

24 Aníbal Bruno, *Direito Penal*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1967, t.1, p.208.

riosos destacar a observância do princípio da *mera legalidade* pelos magistrados, para que apliquem a lei tal qual ela é formulada, evitando-se abusos pelo poder da hermenêutica.

A analogia entende-se por um processo de autointegração em que se cria uma norma penal onde não existia.²⁵ Não se pode confundir a analogia, necessariamente de aplicação da lei penal, com a interpretação extensiva. Como foi afirmado, a analogia possui caráter integrativo, não interpretativo. Com a analogia, obsta-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, ou seja, busca-se sanar uma lacuna no texto da lei²⁶.

Bettiol afirma que a analogia, em verdade, “consiste na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto a um caso não previsto com fundamento na semelhança entre os dois casos, porque o princípio informador da norma que deve ser estendida abraça em si também o caso não expressamente nem implicitamente previsto”²⁷. Frise-se que tal instituto não é absoluto, sendo defeso aplicá-lo: a) nas leis penais incriminadoras; b) nas leis excepcionais; c) nas leis fiscais.

Para o instituto da analogia, são observados dois pressupostos: a analogia *in malam partem* e a analogia *in bonam partem*, expressões latinas para respectivamente “em prejuízo da parte” e “em benefício da parte”. Importante frisar que para as normas penais incriminadoras, inalcançadas pelo princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege*, é vedado o direito de uso da analogia *in malam partem*, sendo imperativo o uso da analogia estritamente em benefício da parte.²⁸ Ainda assim, até mesmo o uso da analogia

25 NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal*, p.84.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, p.197.

27 Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, trad. (8 ed. It.) Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, v.1, p.165.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal*, p.200.

in bonam partem deve ser reservado para situações excepcionais, visto que o princípio da legalidade é a regra, não a exceção.²⁹

É, portanto, aceitável ao aplicador da lei, sabendo ser o magistrado, o dever de melhor buscar o sentido da lei, sem criá-la, facultando-lhe, em determinadas circunstâncias, a interpretação extensiva da lei penal³⁰, sendo, todavia, absolutamente vedado o emprego da analogia em prejuízo da parte, e, em caráter de regra, suprimir o princípio da legalidade.

4.2 Dos verbos “induzir” e “instigar”

Os verbos nucleares *induzir* e *instigar*, presentes nos artigos 122 (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), 218 (corrupção de menores), 218-A, 218-B, 227 (mediação para servir a lascívia de outrem) e 228 (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual) ensejam a interpretação hoje atribuída a eles.

4.2.1 Do significado em cada tipo penal

Induzir e instigar no artigo 122: *induzir* denota, nas palavras de Nucci, “dar ideia a quem não possui, inspirar, incutir.”^{31 32} *Instigar* Capez postula que significa reforçar, estimular, encorajar um desejo já existente. “Na instigação, o sujeito ativo potencializa a ideia de suicídio que já havia na mente da vítima.”^{33 34}

29 NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, p.84.

30 BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p.201.

31 NUCCI, *Manual de Direito Penal – Parte especial*, p.610.

32 Neste ponto, Rogério Greco, Cezar Bitencourt e Fernando Capez dividem a mesma ideia.

33 CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte especial*, p.124.

34 Quanto a este verbo, também é uniforme o entendimento de Guilherme Nucci, Rogério Greco e Cezar Bitencourt.

Induzir no artigo 218: Para Bitencourt, *induzir* significa “suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do indivíduo uma ideia até então inexistente”. Em continuação, o jurisconsulto afirma que “não deixa de ser uma espécie de *instigação* (esta mais abrangente)”.³⁵ Para Guilherme Nucci, *induzir* explicita diretamente o sentido de instigar, fomentar.³⁶

Para os artigos 218-A, 227 e 228, os doutrinadores consultados adotam posição similar ao conceito do verbo “*induzir*” explicitado no artigo 218, dispensando-se qualquer consideração a respeito.

4.2.2 Da crítica

Partindo do pressuposto de que *induzir* e *instigar* são completamente diferentes entre si, como é visível nos artigos 218, 218-A, 218-B, 227 e 228, é importante citar o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito da ação nuclear na égide do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio:

Ora, induzir e instigar são verbos diferentes, empregados no texto legal para traduzir ações delituosas diversas. O induzimento ao suicídio significa persuasão, para incutir no espírito de outrem o desígnio de eliminar voluntariamente a própria vida. A instigação, porém, é de caráter dinâmico, traduzindo um acooamento ao ato de dar-se alguém à morte. (RJTJESP, 11/408).

Para o crime previsto no artigo 122, o conceito para os verbos em espécie são aplicáveis a qualquer aparecimento destes em todo código criminal, fazendo jus ao princípio da estrita legalidade e da taxatividade. Ora, se o legislador logrou impetrar um verbo em determinado tipo penal, e faz conceito dele unindo-se

35 BITENCOURT. *Tratado de Direito Penal* – Vol. 4. p. 120.

36 NUCCI, *Manual de Direito Penal* – Parte especial, p. 795.

também a entendimentos jurisprudenciais conforme se viu, é inconcebível que se façam interpretações distantes do real significado dos verbos. Então, os ditames para os elementos típicos dos artigos 218, 218-A, 218-B, 227 e 228 adotados pela maioria dos doutrinadores estão equivocados, visto que se distanciam da uniformidade dada pelo legislador ao verbo *induzir* neles presente.

As doutrinas, para fins de adequação típica à conduta do agente no núcleo verbal, dissertam erroneamente que: “para que haja induzimento é necessário que o agente tenha feito promessas, súplicas, sendo a conduta idônea a levar a vítima a satisfazer a lascívia de outrem”³⁷. Ora, tal como foi exposto, a violação ao princípio da legalidade e da taxatividade são contumazes nessas considerações doutrinárias, assim como nos Tribunais (*v.g.* JTAERGS 153/106), visto expandir para além dos limites a interpretação do verbo nos artigos supra.

Ainda que nos casos julgados ou em julgamento haja fuga para alegação de vacância no texto legal, e posterior necessidade de aplicação de técnicas de analogia, esta não se entende por passível de aplicação, visto recair na espécie de analogia *in malam partem*, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, já exposto no título 3.1.

Recorrendo a explanações fáticas, uma pessoa menor de quatorze anos, já com *animus* de se prostituir, parlamenta com alguém maior de dezoito, engana-lhe a idade, com ele tem relações sexuais. Depois do ato, o indivíduo faz promessas à menor para começar a trabalhar numa casa de prostituição qualquer alegando o que quer que seja para convencê-la. Ela, já intencionada a isso fazer, aceita a argumentação do sujeito e engaja na vida prostituta. O agente cometeu algum delito?

37 Nesse quesito, são idênticas as considerações dos doutrinadores Damásio de Jesus, Cezar Bitencourt, Rogério Greco e Julio Mirabete.

A resposta é claramente não! Já previamente argumentado, não há que se confundir a significância de verbos nucleares em tipos penais. Em égide de adequação típica, o agente que parlamentou com a menor não a induziu, mas a instigou a entrar na prostituição. O verbo *instigar* está ausente no rol do artigo 218, não podendo, então, o agente ser punido, visto recair no caso de “fato atípico” por completa ausência de tipificação objetiva. A demasiada extensão em interpretação penal agride o princípio da legalidade, parâmetro supremo da hermenêutica criminal. Nesse caso, é pacífico o entendimento que, como no artigo 122 do Código Penal, os verbos *induzir* e *instigar* são totalmente distintos de si, e tal diferença também deve ser considerada para toda e qualquer aparição de tais verbos em outros artigos desse código.

Em conclusivo exemplo, o sujeito “A” em uma festa noturna depara com uma linda mulher e ambos se enamoram. Tímido e contraído, o sujeito “A” pede que seu amigo “B” converse com a mulher para que se relacionem. De mais a mais, a mulher demonstrou interesse no sujeito “A”, mas não o externou para não dar ares de vulgaridade. Insistentemente, “B” argumenta com a moça até que, finalmente, ela se desloca até “A” e com ele pratica ato libidinoso, desejo final de ambos. Cometeu “B” algum delito?

Novamente retoma-se a defesa de que não, visto que o que “B” cometeu, em sede de análise típica e fática, foi a instigação da jovem para que com seu amigo tivesse atos libidinosos. Eis novamente, como no primeiro caso, o agente recaído na senda da atipicidade material, não podendo, finalmente, ser punido por crime algum, por completo descabimento de ensejo verbal à sua conduta praticada.

Ex positis, as considerações e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais violam os preceitos legais da taxatividade e da legalidade, não podendo perdurar *ad summam*.

5. Conclusão

Utilizando-se de esforços à luz dos ditames basilares da ciência penal brasileira, é posto por informar o indubitável erro ao qual as doutrinas penais e processuais penais incorreram quando se diz aos verbos nucleares dos tipos repressivos ora expostos. Todavia, em absoluto não é feita estrita menção a estes, visto já enunciado que o código penal brasileiro padece de revisões e consertos, e tais equívocos são tão comuns quanto a correta aplicação destes pelos egrégios tribunais. Admite-se que o contínuo uso dos errôneos entendimentos acerca dos preceitos primários nos tipos penais se trata de afronta ao princípio da legalidade e da taxatividade, algo que o ordenamento jurídico brasileiro abole sumariamente, o que, indiretamente, agride a integridade da justiça e do direito. Faz-se uso do antigo, porém nunca ultrapassado aforismo romano, *extentio non habet locum in poenalibus*, pois a tradução “extensão não tem lugar na matéria penal” quis dizer que o direito criminal não admite extensões interpretativas às avessas, visto tal ramo do direito se tratar com a pena capital no ordenamento jurídico brasileiro de privar a liberdade de outrem por ações ou omissões cometidas.

O que resta sugerir como possível retificação a esse erro, que há muito acerca de insegurança interpretativa o direito brasileiro, é que haja uma intervenção do Poder Legislativo nessa matéria, visto ser o poder competente para alterar os ditames no código penal segundo prediz a Constituição da República. Em seguida, o dever de cumprir com o justo será arremetido ao Poder Judiciário para, por meio de suas decisões e sentenças, passem a admitir a diferença entre o tipo penal derogado e o novo, reformado. Isto posto, normalizar-se-ão as relações jurídicas nos salões da justiça, visto vincular a doutrina ao entendimento do novo tipo penal, com as reformas suprapostas.

6. Referências

ALEXY, Robert. *O conceito e a validade do Direito*. São Paulo, Editora Marcial Pons, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. *Direito Penal – Interpretado pelo STF e STJ Comentado pela Doutrina*. 1 ed. São Paulo, Editora J H Mizuno, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo – 5 ed.*, São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

BETTIOL, Giuseppe Maria. *Direito Penal: tradução da versão italiana*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BEUCHOT, Mauricio, *Tratado de Hermenéutica Analógica*, México, Facultad de Filosofía y Letras, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, UNAM, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública – 9 ed. rev., ampl. e atual.*, São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro, editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Editora Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional – 2 ed.*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAMPOLINA, Antônio Carlos. *S.P.Q.R. Senatus Populusque Romanus. O Senado e o povo romano – 7 ed.*, Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, Fundação Biblioteca Nacional, 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial, arts. 213 a 359-H* – 15 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal comentado*. Porto Alegre, editora Verbo Jurídico, 2007.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTON, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado* – 9 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal* – 4 ed. rev., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FONTELES, Samuel Sales. *Hermenêutica Constitucional*. Salvador, Editora JusPodivm, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – 17 ed., Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Especial – Volume III*. Niterói, RJ, editora Impetus, 2006.

_____, *Curso de Direito Penal, Parte Especial. Volume IV* – 11 ed., Niterói, RJ, editora Impetus, 2015.

JESÚS ANTÓNIO, De la Torre Rangel. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2006.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, 3.º volume, parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 18 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único* – 5 ed. Rev., atual. e ampl., Salvador, editora JusPodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional – 10 ed. rev. e atualizada*. São Paulo, Editora Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal, vol. III*. 22 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado – 17 ed. rev., atual. e ampl.*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017._____.

Manual de Direito Penal – 13 ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017.

Artigo recebido em: 3/9/2018

Artigo aprovado em: 11/12/2018

DOI: 10.5935/1809-8487.20190001