

Arma de Brinquedo e o Princípio da Legalidade

LEANDRO GORNICKI NUNES

SEMINÁRIO

Acontecerá entre os dias 16 e 17 de agosto próximo, na OAB subseção Bauru o I **Seminário de Ciências Criminais**, que contará com a presença dos palestrantes **Roberto Podval, Janaina Paschoal, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Damásio de Jesus** (a confirmar).

Informações: (11) 3105-4607
E-mail: marketing@ibccrim.com.br

I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL E DEMOCRACIA

O evento conta com o apoio do IBCCRIM e é promovido pela comissão de formatura dos alunos, juntamente com os professores e funcionários da **Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA)**, em homenagem aos 110 anos da faculdade.

Os associados do IBCCRIM terão 10% desconto nas inscrições

Data: 28 a 30 de agosto de 2001

Informações e Inscrições:
Tel.: (71) 335-135

Site:

www.penaledemocracia.com.br

E-mail:

congressopenal@aol.com

FALECIMENTO

O IBCCRIM expressa seus sentimentos pelo falecimento de seu sócio-fundador **dr. Marcos Roberto Alexander**, ocorrido no final de maio passado. **Dr. Marcos** foi tesoureiro na gestão do **dr. Alberto Zacharias Toron** (1995/1996).

Interpretar a lei significa compreendê-la. Posto que a vigência real de toda lei depende de sua compreensão, já que só depois os destinatários estarão em situação de acatá-la e aplicá-la, a teoria da interpretação da lei excede em muito o campo do Direito Penal. Porém, como a interpretação da lei penal se rege fundamentalmente pelos mesmos princípios da lei em geral, resulta indispensável fazerem algumas considerações que permitam entender melhor várias das peculiaridades referentes a compreensão das disposições penais, em particular.

A doutrina italiana sustenta que "interpretar, em sentido estrito, significa compreender, isto é, um processo espiritual [...] mediante o qual um espírito responde a mensagem de outro espírito que lhe fala através de formas representativas".⁽¹⁾

No entanto, diante da gravidade que circunda a sanção penal, a interpretação das normas penais não pode ser realizada de forma subjetiva (extensiva), devendo limitar-se ao seu conteúdo expresso (taxativa), salvo para beneficiar o acusado, sob pena de violação do inarredável princípio da "legalidade" ou "reserva legal", previsto na Constituição da República (art. 5º, XXXIX) e no Código Penal brasileiro (art. 1º).

Neste particular, tendo o legislador pátrio determinado que o crime de roubo (CP, art. 157) se torna qualificado com o emprego de arma (§ 2º, inc. I), com o devido respeito que se deve às opiniões contrárias, não pode o aplicador da lei entender tal qualificadora quando o agente delituoso se utiliza de uma "arma de brinquedo".

"No crime de roubo, a qualificadora do emprego de arma não pode ser reconhecida quando se trata de revólver de brinquedo, pois brinquedo não pode ser considerado arma, uma vez que não possui potencial ofensivo, sendo certo que sua utilização se presta, tão-somente a caracterizar o delito simples, pela ameaça que a vítima sofre e que impede sua reação."⁽²⁾ Se as palavras da lei penal devem ser interpretadas estritamente, como considerar-se arma aquilo que se afirma ser de brinquedo?"⁽³⁾

O princípio da reserva legal (*nullum crimen, nula poena, sine lege*), indubitavelmente, é o mais importante dos princípios orientadores da interpretação das leis penais, sendo que somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível.⁽⁴⁾

Em nosso ordenamento jurídico, cuja

genetrix das bases gerais está no Direito romano, não se permite a ocorrência do *common law*, ao contrário dos princípios orientadores do Direito anglo-americano.

De acordo com o *common law*, pode-se incriminar alguém, através da analogia, sem que isto represente violação de garantia, proporcionando, assim, a codificação da lei penal. No entanto, tal posição é temerária, sendo combatida pela doutrina, que a qualifica como responsável pela ocorrência de uma situação de insegurança jurídica.

"Sob esse aspecto pode dizer-se que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto. Como ensina Soler, esse princípio entendido em sua forma abstrata, ou seja, dando-se à palavra lei o sentido de norma preestabelecida à ação que se julga delituosa, é algo mais que mero acidente histórico ou garantia que hoje possa outorgar-se, ou não. Assim o caráter de verdadeiro princípio necessário para a construção de toda atividade punitiva, que hoje possa ser qualificada como jurídica e não como puro regime de força."⁽⁵⁾

Na atualidade, é inconcebível o direito de punir como absoluto do Estado sobre a pessoa do cidadão. No Estado moderno, o exercício da soberania está condicionado à fiel e efetiva aplicação do Direito, não podendo ser extrapolado os limites do direito de punir, previamente estabelecido nas leis. *"Não se admite, em consequência, num sistema de Direito, que o Estado imponha pena a ação que não tenha sido previamente incriminada."⁽⁶⁾*

O trabalho interpretativo em relação ao Direito Penal é especialmente importante, devido ao rigor com que o princípio da reserva legal opera nesta matéria. A gravidade das consequências da pena determinam que as exigências do princípio da legalidade sejam especialmente estritas para o legislador, que deve respeitar o princípio da taxatividade e evitar os conceitos vagos, abertos e excessivamente indeterminados. Do mesmo modo, o intérprete da lei penal se encontra submetido às especiais exigências derivadas do princípio da legalidade.

Ordinariamente, é sustentado pela doutrina que a interpretação desfavorável das normas penais deve ser afastada quando há defeito de técnica legislativa capaz de gerar dúvida, permitindo-se a interpretação extensiva somente quando

➔ for possível favorecer o réu. É preciso atentar-se para o que a própria lei dispõe, seja favorável ou odioso. Sem embargo, quando a norma, por defeito de técnica legislativa, é confusa e indeterminada, de tal maneira que não há outra possibilidade de se chegar a uma decisão a respeito do seu conteúdo, a regra que deve prevalecer é a restrição da interpretação menos favorável.

Este é o ponto verticular da controvérsia existente na jurisprudência pátria, pois o art. 157, § 2º, inc. I do Código Penal brasileiro, não expressou que o uso da arma de brinquedo torna o delito qualificado, devendo prevalecer a regra da restrição da interpretação "odiosa", assim classificada pela doutrina espanhola.⁽⁷⁾

Por outro vértice, não havendo certeza sobre o real sentido da expressão "arma", inserida no dispositivo legal *sub examine*, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, a fim de que não haja uma ruptura na higidez mental do exegeta, o melhor caminho a ser trilhado é o da desqualificação do crime, restringindo a aplicação da lei penal à figura simples.

O princípio *in dubio pro reo* — na dúvida a favor do réu — é em sua origem e em sentido estrito um princípio de direito Processual Penal relativo à prova de questões fáticas e não um princípio de interpretação das normas penais substantivas. Tal princípio está estreitamente relacionado com o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), para favorecer o âmbito de liberdades dos acusados que podem, em algum momento, ser objeto de uma acusação penal, ainda que hajam suspeitas, ante uma dúvida razoável e persistente, sendo preferível declarar não provado um delito cometido e inocente o seu autor a poder declarar culpado um inocente sem estar provado

que um delito realmente foi cometido, mas sua incidência no âmbito substancial da norma penal a ser aplicada não está descartada.

Nesta senda, tem-se um importante subsídio doutrinário advindo da Alemanha, assim expressado: "*O princípio in dubio pro reo e a determinação alternativa servem para resolver as dúvidas a respeito da aplicação do Direito que se plantam por uma situação probatória incerta. Toda condenação a uma pena requer que haja certeza sobre a ocorrência de todos os pressupostos materiais (tanto positivos como negativos) do pronunciamento da culpabilidade e penalidade, pois a lei exige a constatação de uma ação determinada que contenha os elementos de um determinado preceito penal*".⁽⁸⁾

Em contrapartida, há quem sustente que devemos dar incentivos ao "juiz criador", a fim de que o Direito não seja vítima de uma estagnação, prejudicial ao desenvolvimento da aplicação das leis. Os que defendem a interpretação menos rígida, sustentam que "*com respeito ao método, é considerada formalista, por exemplo, a preferência dada a interpretação lógica e sistemática frente a histórica e teleológica; (...). Não é necessário sublinhar o parentesco entre as polêmicas acerca do método e aquelas acerca da função; quem valoriza as argumentações de caráter lógico sistemático mostra, com isto, que prefere um juiz que se limite a declarar o direito existente; quem dá preferência a investigação dos fins sociais e os interesses, prefere um juiz criador*".⁽⁹⁾

Mas, ainda assim defendemos que tal orientação — principalmente no âmbito da legislação penal — é temerária e capaz de alargar os precisos caminhos que norteiam as regras de interpretação na

espécie, as quais, conforme já exaustivamente discorrido, não permitem quaisquer desvirtuamentos, sob pena de haver inconstitucionalidades, altamente prejudiciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, gerando insegurança e pânico na população, em face da falta de observação das cláusulas pétreas do texto constitucional.

Apesar da matéria ter sido objeto da Súmula nº 174, do Superior Tribunal de Justiça, a qual ressaltamos que não é obrigatória a sua aplicação, sob o argumento de que a arma de brinquedo autoriza o aumento da pena, porquanto tal preceito não tem força de lei e, ao que consta, ainda não restou aprovada, pelo Poder Legislativo, a "súmula vinculante".

NOTAS

- (1) BETTI, Emílio. "*Teoría Generale Della Interpretazione*", I, Milano: 1955, p. 95.
- (2) *RJDTACRIM* 31/290.
- (3) *JUTACRIM* 81/542.
- (4) DELMANTO, Celso. "*Código Penal Comentado*", 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1991, p. 4.
- (5) FRAGOSO, Cláudio Heleno. "*Lições de Direito Penal*", 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 93-94.
- (6) *Op. cit.*, p. 94.
- (7) DEVESA, José Maria Rodrigues e GOMEZ, Alfonso Serrano. "*Derecho Penal Español*", Parte General, 16ª ed., Madrid: Ed. Dykinson, 1993, p. 193.
- (8) JESCHECK, Hans-Heinrich. "*Tratado de Derecho Penal*", Parte General, tradução para o espanhol de José Manzanares Samaniego, Granada: Editorial Comares, p. 127.
- (9) BOBBIO, Norberto. "*El Problema del Positivismo Jurídico*", tradução para o espanhol de Ernesto Grazone Valés, Colección Ensayos, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, pp. 27-28.

➔ O autor é advogado em Joinville (SC).

Servir Bebida Alcoólica a Menor de 18 Anos: Crime ou Contravenção?

EDISON MIGUEL DA SILVA JR.

A Organização Mundial de Saúde considera o vício das drogas (lícitas ou ilícitas) uma doença. A dependência faz parte do capítulo de transtornos mentais e comportamentais na classificação de doenças. Assim: "A OMS classifica o abuso de drogas como uma questão de saúde, e não de polícia" (cf.: SCHEINBERG, Gabriela. Para a ONU, vício é questão de saúde, não de polícia in www.estado.com.br, acessado em 21.06.00).

Dessa forma, buscar o controle do uso de drogas pelo sistema penal é ineficaz, da

mesma forma que seria ineficaz a incriminação de consumo de carne gordurosa para controlar cardiopatias.

Não obstante, essa constatação médica não é conhecida no mundo jurídico. Existe no nosso ordenamento vários tipos penais que procuram tratar dessa doença com ameaça de cadeia. Entre elas, esse trabalho analisa o art. 243, da Lei nº 8.069/90, em relação ao art. 63, inc. I, do DL nº 3.688/41 (servir bebida alcoólica a menor de dezoito anos), concluindo pela revogação dessa contravenção pelo tipo do ECA, por não ser

norma penal em branco, embora seja um tipo aberto.

O mencionado art. 243, do Estatuto da Criança e Adolescente, tem a seguinte redação: "*Vender, fornecer, ainda que gratuitamente, administrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constituir crime mais grave*" (sem grifo). ➔