

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

OPINIÃO DOCTRINÁRIA

O DENOMINADO CRIME DE HERMENÊUTICA OU O ERRO INTERPRETATIVO PENALMENTE IRRELEVANTE

A compreensão do sentido e do significado das regras positivadas (leis escritas) constitui labor intelectual esmerado, de produção custosa e subjetiva, jamais se alteando ao nível infracional de qualquer espécie, salvo se restar provado que o intérprete agiu sob o pálio de motivação escusa ou propósito passível de repreensão jurídica.

O erro de interpretação é inerente aos juízos humanos e a divergência é algo comum e corriqueiro, mesmo entre os especialistas das ciências exatas. Nas ciências sociais – como o Direito – as discussões doutrinárias e os votos vencidos nos julgamentos colegiados são representantes perfeitos dessa complexa realidade cognitiva.

*A eventual exorbitância do exercício funcional, por meio de exigência descabida ou ilegal, somente se tipifica como crime quando (e se) o agente atuar com **manifesto e indubitado propósito malsão, intuito perverso ou desonesto**. Sem a presença desse elemento anímico, não se há de cogitar da prática de crime, mas de **irregularidade operacional que se pode corrigir – e sanar – por via administrativa comum, sem recorrer-se à ultima ratio penal.***

É uma das mais valiosas garantias jurídicas dos acusados em geral que a imputação da prática de ato ilícito decorra da análise criteriosa e ponderada da **ocorrência naturalística** do evento cogitado. Isto é o que constitui o conteúdo da materialidade da infração, ou seja, a prova do ato punível indubitavelmente ocorrido.

Já se vê, sem dispêndio de grandes energias reflexivas, que a simples leitura da regra positivada **não basta para definir o ilícito ou a infração**, requerendo-se, pelo contrário, que **a conduta do agente, conduta tida por infratora, esteja apoiada em elementos morais e espirituais indescartáveis**. Isso quer dizer que sem a adesão livre e consciente da vontade da pessoa, **não se pode cogitar da presença de ilícito, seja qual for a sua espécie, seja crime ou seja ato de improbidade**.

A doutrina do Direito Sancionador dá o nome de **conduta dolosa** ao ato do agente de conduta ilícita – **sempre um fazer humano** – que atua por vontade livre e deliberada de praticar o ato proibido e obter os proveitos – quaisquer que sejam – que possam advir de sua atuação desonesta. Isto faz pensar que **não se pode dispensar, descartar ou mesmo minimizar a análise dos fatos**. É por isso se diz, muito amiúde, que a pretensão estatal punitiva **não pode se lastrear em impressões, alvitre, achismos ou meros palpites e, menos ainda, no desejo de punir alguém a qualquer custo**.

É exatamente por essa razão que a decisão de aceitação – ou de recebimento – de uma denúncia criminal **se reveste de tantos e graves solenidades e de cuidados especiais**, sem o que a atividade judicial de filtragem da acusação se reduziria a um procedimento burocrático de aplicação direta da regra legal, sem ponderação dos fatos e das suas circunstâncias.

Convém pontuar que o famoso jesuíta português que viveu na Bahia de Todos os Santos no século XVII – o Padre ANTÔNIO VIEIRA (1608-1697) e que foi alvo do Santíssimo Tribunal da Inquisição contra a Malignidade Herética – dizia que *é próprio dos homens sábios mudar o parecer e o Espírito Santo ensina que entre todas as cousas mudáveis, a sabedoria é a mais mudável de todas, porque nenhuma é menos pertinaz que o coração do homem sábio* (Memorial em Favor da Gente de Nação Hebréia).

Essa prudente advertência do Padre VIEIRA se completa com a lição a respeito do ato injusto: *ou o vedes ou não o vedes. Se o vedes, como não o remediais? E se não o remediais, como o vedes? Estais cegos?* (Sermão da 5ª Quarta-feira da Quaresma).

Esta é uma invectiva contra a indiferença pessoal de quem, *vendo uma injustiça* e podendo agir contra ela, nada faz para afastá-la. E o grão pregador dizia também que *nenhuma inocência está a salvo de uma acusação mentirosa*. E como essa

lição repercute no Direito Penal? Ela repercute, **com a finalidade de impedir o trâmite de acusações mentirosas**, impondo que toda de qualquer acusação **se estribe em fatos – não em boatos**, como disse o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – de modo que não se submeta quem não cometeu crime ao estrépito de uma ação penal.

Um eficiente antídoto contra as frequentes acusações penais malengembradas é a exigência de sua **justa causa**, esse elemento desafiador e estratégico, a cujo respeito a ilustre Ministra MARIA TEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, respeitada Professora de Direito Processual Penal e uma das mais eruditas Magistradas do STJ, tem uma página de notável definição sobre a hipótese que autoriza a submissão de qualquer acusado a julgamento, dizendo o seguinte:

É que, para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada; que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade. O juízo do possível conduz à suspeita, e é inaproveitável para uma acusação. Para que uma pessoa seja acusada da prática de infração penal, deve despontar não como possível, mas como provável autor do delito. Daí dizermos que, com relação à autoria, devem existir, no mínimo, indícios bastantes para a imputação (Justa Causa para a Ação Penal, São Paulo, RT, 2001, p. 222).

A apuração da justa causa é coisa trabalhosa e necessária, pois se tem de analisar os próprios antecedentes da conduta do agente. Em tema de interpretação de regras jurídicas, em que o **norte** da atividade do intérprete pode estar na sua subjetividade mais íntima, essa apuração se faz notavelmente complexa. Contudo, **nunca, jamais dispensável**.

Todos os julgadores sabem que a compreensão do sentido e do significado das regras positivadas (leis escritas) constitui labor intelectual esmerado, de produção custosa e subjetiva, **jamais se alteando ao nível infracional de qualquer espécie, salvo se restar provado que o intérprete agiu sob o pálio de motivação escusa ou propósito passível de repreensão jurídica**.

O erro de interpretação – ou o crime de hermenêutica – é **inerente aos juízos humanos** e a divergência é algo comum e corriqueiro, mesmo entre os especialistas das ciências exatas. Nas ciências sociais – como o Direito – as discussões doutrinárias e os **votos vencidos nos julgamentos colegiados dos Tribunais são representantes perfeitos dessa complexa realidade cognitiva**.

Este tema foi familiar ao imortal RUY BARBOSA (1849-1923), quando escreveu esta página de notável acuidade, referindo-se aos Magistrados.

Contudo, essa sua lição – também imortal – se aplica, sem dúvida alguma, aos interpretes não judiciais e a todos os que realizam alguma forma de interpretação:

Para fazer do magistrado uma impotência equivalente, criaram a novidade da doutrina, que inventou para o Juiz os crimes de hermenêutica, responsabilizando-o penalmente pelas rebeldias da sua consciência ao padrão oficial no entendimento dos textos. Esta hipérbole do absurdo não tem linhagem conhecida: nasceu entre nós por geração espontânea. E, se passar, fará da toga a mais humilde das profissões servis, estabelecendo, para o aplicador judicial das leis, uma subalternidade constantemente ameaçada pelos oráculos da ortodoxia cortesã. Se o julgador, cuja opinião não condiga com a dos seus julgadores na análise do Direito escrito, incorrer, por essa dissidência, em sanção criminal, a hierarquia judiciária, em vez de ser a garantia da justiça contra os erros individuais dos juizes, pelo sistema dos recursos, ter-se-á convertido, a benefício dos interesses poderosos, em mecanismo de pressão, para substituir a consciência pessoal do magistrado, base de toda a confiança na judicatura, pela ação cominatória do terror, que dissolve o homem em escravo. (Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XXIII. Tomo III, p. 228).

A jurisprudência do STJ, pela voz sempre inspirada e igualmente inspiradora da eminente Ministra MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA, já se posicionara – faz tempo – contra o crime de hermenêutica:

1. Faz parte da atividade jurisdicional proferir decisões com o vício in judicando e in procedendo, razão por que, para a configuração do delito de abuso de autoridade há necessidade da demonstração de um mínimo de má-fé e de maldade por parte do julgador, que proferiu a decisão com a evidente intenção de causar dano à pessoa.

2. Por essa razão, não se pode acolher denúncia oferecida contra a atuação do Magistrado sem a configuração mínima do dolo exigido pelo tipo do injusto, que, no caso presente, não restou demonstrado na própria descrição da peça inicial de acusação para se caracterizar o abuso de autoridade. (Corte Especial APn 858/DF. Julgado em 24/10/2018).

Vem a pêlo observar que a atual Lei do Abuso de Autoridade fornece um dado elementar valiosíssimo, quanto ao denominado crime de hermenêutica, ao dispor no § 2º do seu art. 1º, que *a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade*. A doutrina mariathereziana sobre o crime de hermenêutica é, hoje, regra impositiva de observância obrigatória (ver APn 858/DF).

É preciso se disseminar esse pensamento garantista, que tem a força e a virtude de repor as coisas do Direito Sancionador nas suas bases históricas e confiáveis mais conspícuas. A eventual exorbitância do exercício funcional, **por meio de exigência descabida ou ilegal**, somente se tipifica como crime quando (e se) o agente atuar com **manifesto e indubitado propósito malsão, intuito perverso ou desonesto**. Sem a presença desse elemento anímico, não se há de cogitar da prática de crime, mas de **irregularidade operacional que se pode corrigir – e sanar – por via administrativa comum, sem recorrer-se à ultima ratio penal**.

Do ponto de vista da atividade cognitiva ou da gnosiologia do mundo, dos homens, das ideias e das coisas, não se pode afirmar **que exista uma única percepção interpretativa correta**. Pelo contrário, o intérprete judicial ou administrativo das regras postas frequentemente se vê em perplexidade e, ao escolher uma das vias interpretativas, **na estará cometendo ilícito algum, salvo se – como dito acima – restar provado que agiu sob o pálio de motivação escusa ou propósito passível de repreensão jurídica**.

Impor-se a alguém uma interpretação como sendo a **correta** é o mesmo que obstar a sua capacidade de avaliação das coisas, será sempre uma **atitude autoritária e incompatível com o postulado democrático das liberdades**. Sobre este assunto, um dos mais percucientes julgadores do STJ, o preclaro Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, que associa à judicatura a prática da sensatez e da fidalguia, disse que

tampouco existe crime quando o agente encontra-se em erro, equivocando-se na interpretação e aplicação das normas (HC 351.718/PE. Sexta Turma, julgado em 16/10/2018).

A Ministra LAURITA VAZ caminha nesse mesmo sentido, com o que se alinha à mais moderna compreensão da função estatal punitiva. Disse a preclara julgadora do STJ que

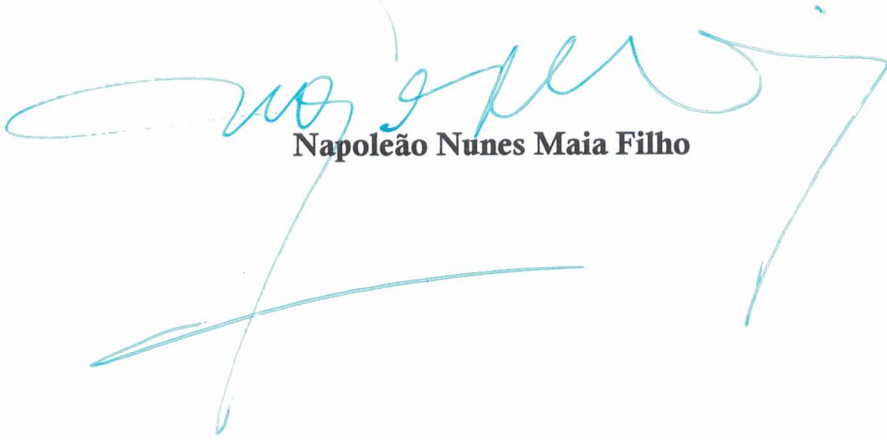
Se a acusação não se desincumbiu do ônus de demonstrar, sem a presença de dúvidas, a presença do elemento subjetivo do tipo penal, no caso, o dolo, deve o acusado ser absolvido, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal e do princípio do in dubio pro reo (REsp 1.814.142/PR. Julgado em 02/06/2020).

Colhe-se desse julgado, como lição jurídica de alto valor paradigmático, que **não se pode condenar uma pessoa porque adotou posicionamento doutrinário ou conceitual diferente das demais do seu ambiente e, menos ainda, se pode punir alguém porque – sem dolo – seguiu uma interpretação possível e que considerou justa**.

Deve-se repetir que nem mesmo os dogmas religiosos estão imunes a divergências de doutrina, por isso as autoridades eclesiásticas se valem de ameaças eternas para forçar a sua observância. No entanto, como já foi dito pelo filósofo grego ARISTÓTELES, *em matéria de lógica não existe autoridade*. E também não existe crime sem conduta dolosa, salvo se a lei assim estipular. O erro é um *lapsus mentis*, um deslize da observação do sujeito cognoscente ou a afirmação consciente de uma tese contra-majoritária, um voto vencido ou uma postura cismática anti-dogmática, como a de MARTINHO LUTERO.

Esta é a minha opinião.

Brasília, 21 de maio de 2021.

A large, stylized handwritten signature in blue ink, written over the typed name. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the bottom.

Napoleão Nunes Maia Filho