

PRINCÍPIOS MODERNOS DE DIREITO PENAL

EVERARDS MOTA E MATOS

Promotor de Justiça do DF

A — COLOCAÇÃO DO TEMA

A missão do Direito Penal é proteger os bens jurídicos valorados como elementos essenciais à vida em sociedade.

A lei penal não cria o injusto mas apenas o consubstancia através do tipo que, para ser autêntico, deve descrever condutas, proibidas antes pela consciência ético-social e moral de um povo.

Ao erguê-las como objeto da proteção penal, o legislador se serve de certas substâncias alicerçadoras da lei.

Essas fontes, quanto mais autênticas e reais forem, refletirão as tendências sociais com maior fidelidade e as tornarão, em consequência, mais duradouras.

Pode a evolução gradativa da sociedade gerar novas fontes erigidoras de bens outros carentes de proteção ou mesmo considerar determinadas como não mais suscetíveis do amparo penal.

Também, as mutações sociais possibilitam a hermenêutica a acompanhar o sentido da proteção para determinar o seu âmbito e alcance.

Por tais razões a ciência penal cria princípios reitores que visam estabelecer os fundamentos para uma mais adequada aplicação da justiça atinente.

Dentre os diversos já conhecidos, alguns se destacam, modernamente, como regras de interpretação conducentes a uma mais fiel aplicação da lei penal.

B — PRINCÍPIOS

I — DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Consiste em interpretar certas condutas, formalmente subsumidas a um tipo, como fora do seu alcance porque socialmente reconhecidas como lícitas e adequadas.

Sendo os tipos incriminadores moldes de condutas proibidas, as aceitas como normais, pela sociedade, estão despidas do desvalor que as caracteriza como injustas, ficando, portanto, fora do alcance penal.

HANS WELZEL no seu “Derecho Penal Aleman” — Parte General — 11ª edicion — 2ª Edicion Castelhana — Editorial Jurídica de Chile — pág. 84, exemplifica:

“Por ser socialmente adecuadas quedan excluídas, asimismo, las lesiones corporales insignificantes, del § 223, las privaciones de libertad irrelevantes, del § 239, el jugar pequeñas cantidades, de los §§ 284 ss; la entrega habitual de regalos de escaso valor para Año Nuevo, del § 331 (véase infra § 78 AI); las conductas meramente indecorosas o impertinentes, de los delitos contra la honestidad, entre otros más.”

FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, em sua excelente obra, “Princípios Básicos de Direito Penal” — Ed. Saraiva — 1982, ao tratar do tema, no item 100, págs. 185/186, esclarece:

“A ‘adequação social’ exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos.”

Fechando o item com prioridade elucidativa, cita a seguinte frase de MIR PUIG:

“Não se pode castigar aquilo que a sociedade considera correto.”

Realmente, a mãe que fura a orelha da filha para proporcionar a ornamentação com os brincos, ofende-lhe a integridade corporal; o pai que priva o filho rebelde de sua liberdade, trancando-o no quarto para forçá-lo ao estudo ou o juiz do interior que recebe uma leitoa de um fazendeiro na véspera do Natal, apesar de formalmente terem suas condutas subsumidas, respectivamente, nos tipos dos artigos 129, 148 e 317 do Código Penal — lesões corporais, cárcere privado ou corrupção passiva — materialmente suas ações não se revestem da ilicitude que servira de substância à tipificação dos crimes supra-exemplificados pois, socialmente adequadas.

Sob outro prisma a questão pode ser examinada em consonância com os elementos do tipo, subjetivos e objetivos.

O mesmo fato objetivo pode se apresentar de conformidade ou de contrariedade ao direito, dependendo da atitude subjetiva impulsionadora da ação que o causou. Para saber se existe ou não o elemento subjetivo do tipo, condicionador de sua existência, há necessidade de se especular sobre a intenção do agente que o perfez. Daí se nota que os estados subjetivos, o desejo, a vontade ou a intenção distinguem o justo do injusto, o lícito do ilícito, o permitido do proibido.

Se inexistente o elemento subjetivo geral do injusto porque a conduta é reconhecida como normal ou adequada, não há de se falar em infração do tipo penal.

E, não há crime, sendo o fato atípico, se faltar qualquer dos seus elementos essenciais de ordem subjetiva ou objetiva.

Certo é que, para o Finalismo, o dolo é natural, ou seja, despedido do elemento normativo — “potencial ou efetivo conhecimento do injusto” — que, para esta teoria, se encontra na culpabilidade, como juízo de censura ou reprovação, razão por que poder-se-ia admitir que os agentes, nos exemplos fornecidos, alcançaram o elemento objetivo com dolo, ou seja, com consciência e vontade.

Porém, “segundo a doutrina dominante, dolo, como relação psíquica de fato, é a vontade de realização de um tipo penal, com o conhecimento de todas as suas circunstâncias objetivas” — JOHANNES WESSELS — “Direito Penal” — Parte Geral — pág. 50 — Ed. Sérgio Antônio Fabres — Porto Alegre — 1976 — Tradução de Juarez Tavares.

Também WELZEL, para quem “dolo é o saber e querer a realização do tipo” — *in* obra já citada.

Ora, como dolo é a vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, nenhum dos autores de fatos constitutivos dos exemplos retromencionados tiveram o conhecimento e a vontade de, com suas condutas, realizarem os respectivos tipos. Em consequência, são elas atípicas por se encontrarem despidas da força psíquica necessária à valoração penal, e, desta forma, socialmente adequadas.

Estas incursões teóricas não têm a pretensão de apresentar o princípio como característica do tipo já que também o percebemos como forma de interpretação.

2 — DA INSIGNIFICÂNCIA

Decorre do anterior e se apresenta como meio auxiliar de interpretação.

A proteção dos bens jurídicos fundamentais à paz social constitui, como visto no início, a missão do Direito Penal.

Para alcançá-la há de se perquirir sobre a razão da lei, ou seja, o fim que a levou a proteger o bem ou interesse jurídico objetivado.

Nessa trilha o intérprete, freqüentemente, pode se deparar com fatos típicos que, entretanto, esbarram nas razões teleológicas, impossibilitadoras de sua valoração ao âmbito do alcance da norma, tornando-os, por tais razões, atípicos.

São os fatos penalmente insignificantes por apenas atingirem interesses irrelevantes ao objetivo da resposta penal pois, muitas vezes, não correspondem, também, às características subjetivas do tipo.

Não configurariam peculato as apropriações de objetos como canetas, papéis, lápis etc., levados das repartições pelos funcionários, em gesto normal e instintivo, desde que em quantidade insignificante.

Da mesma forma, inexistiria descaminho a posse, pelo turista, ao regressar, de quantidade pequena de mercadorias estrangeiras.

As palavras de baixo calão sempre dirigidas, como imprecações, a alguém, em costume freqüente e generalizado, na sua acepção valorativa não afetam, em regra, a dignidade e a honra ou não constituem ameaças, na sua real dimensão jurídica.

D'outra forma, examinando tais condutas sob o aspecto subjetivo, são inúmeras as que, apesar de se ajustarem ao tipo, não possuem aquela característica necessária ao seu perfazimento.

Realmente, o funcionário público que se apropria de lápis, canetas, cliques ou borrachas, objetos na sua posse em razão do cargo, não tem a consciência e vontade da ilicitude formalmente objetivada no tipo do art. 312 do Código Penal — Peculato.

Por iguais razões, os agentes das condutas exemplificadas, não agem com o fim de perfazer os elementos objetivos descritos pela norma tipificada, donde inexistir a congruência.

O princípio é largamente empregado, na maior das vezes, inconscientemente.

Os agentes de fiscalização do trânsito preferem aplicar sanções administrativas do que autuar os motoristas quando surpreendidos sem a habilitação, em direção perigosa ou na omissão do sinal de perigo (triângulo) nas circunstâncias determinadas. infrações previstas, respectivamente, nos artigos 32, 34 e 36 da L. C. Penais.

As delegacias policiais anotam primeiro as ocorrências em rascunhos ou "tombinhos" para só registrá-las no livro oficial (O Tombo), após se certificarem da significação penal do evento.

É conhecido o desinteresse, nas varas criminais, pelos feitos irrelevantes por insignificância do bem jurídico afetado, cujos destinos, na sua grande maioria, são a prescrição pela pena abstrata ou, se julgados, pela concreta, em regra.

WELZEL não destacou este princípio, preferiu considerá-lo dentro do anterior porque os fatos de pouca importância para o Direito Penal emergem de condutas consideradas socialmente adequadas.

Como nem sempre as condutas causadoras de fatos insignificantes são socialmente adequadas, a doutrina alemã introduziu o princípio em pauta, visando, nesses casos, a delimitação do injusto.

3 — DA CONFIANÇA

Desenvolveu-se no âmbito dos crimes culposos. Nestes o agente só atinge o resultado previsível, não desejado, quando inobserva o cuidado objetivo exigido.

JOHANNES WESSELS, *in* obra citada, pág. 150, esclarece com a concisão que lhe é peculiar:

“Com este conteúdo, assim averiguado, do cuidado exigido objetivamente deve-se comparar a conduta do autor, causadora do resultado:

Se esta corresponde às exigências, será cuidadosa, conforme ao tráfego e faticamente isenta de defeitos, e com isto, deixa de existir o desvalor da conduta e com ele a tipicidade;

“Se a conduta real do autor permanece aquém das exigências da ordem jurídica será descuidada, contrária ao tráfego e faticamente defeituosa.”

JAMES TUBENCHLAK no seu livro “Teoria do Crime” — 1ª ed. — Forense — 1978 — anotou:

“Através do moderno princípio da confiança, desenvolvido jurisprudencialmente em face da crescente proliferação dos delitos de automóvel, já se consegue limitar o conceito do dever de cuidado objetivo” — pág. 113.

Também FRAGOSO, *in* Lições de Direito Penal — Parte Geral — na sua 5ª ed. — Forense — 83 — pág. 229, após objetivar o alcance do princípio, “segundo o qual os usuários da via devem confiar em que os demais respeitarão, por igual, as normas de prudência que regem a circulação de veículos”, acrescentou que, “com base nisso determina-se o comportamento exigível do motorista e do pedestre para saber se ocorrem, ou não, específicos deveres de atenção, diligência e cuidado” — no mesmo sentido WELZEL, obra citada pág. 191.

As formas de violação do cuidado objetivo previstas em nosso Código Penal são a imprudência, negligência ou imperícia.

Se o agente deve agir sempre com atenção, diligência e cuidado para não violar tais formas caracterizadoras de culpa, deve igualmente confiar em que os outros tenham idêntica conduta, devida e necessária no âmbito da relação social.

Sob tal prisma a responsabilidade penal é feita através do processo de exclusão.

Verifica-se se a conduta desviou-se do normal diante de um evento danoso. Em caso afirmativo não houvera violação, por parte do agente, do cui-

dato necessário, restando, em consequência, sua total irresponsabilidade pelo resultado advindo.

Assim, nos delitos de trânsito, provada a precaução do autor e o descuido de um terceiro ou da própria vítima, que contribuiu para causá-lo, não há de se falar em culpa.

Exemplo significativo da aplicação do princípio da confiança pode ser colhido na recente decisão do preclaro Magistrado JOSÉ AUGUSTO DE FIGUEIREDO BRANCO, da 1ª Vara de Delitos de Trânsito do Distrito Federal:

“Colhe-se dos autos que na manhã de 5 de setembro de 1983 o acusado estava normalmente dirigindo um táxi na Estrada Parque Dom Bosco, imprimindo-lhe velocidade moderada, quando atropelou Maria Rodrigues Pedrosa causando-lhe as lesões descritas no laudo do IML (fl. 9).

“O conjunto probatório revela, com suficiente nitidez, que a vítima desceu de um ônibus da Viação Pioneira e tentou atravessar a pista passando pela frente de um coletivo da VIPLAN, fazendo-o com desatenção e apressadamente, razão pela qual foi atropelada pelo táxi que o réu conduzia.

“A testemunha David Barbosa de Araújo, em fl. 22v. esclareceu que ‘a vítima, ao tentar ultrapassar a pista, o fez de forma apressada e sem olhar para os lados’. Também Ary Gomes Figueiredo Filho, em fl. 20v., informou que, antes do sinistro, Maria ‘saiu da frente de um ônibus que se encontrava parado no estacionamento’, procedendo ‘sem atentar para as condições de trânsito’.

“As provas coligidas não afirmaram a dinâmica do acidente que o réu traçou em seu interrogatório (fl. 27v.).

“Ao que tudo indica, o atropelamento foi determinado pela conduta afoita e temerária da própria vítima.

“A doutrina e a jurisprudência já estabeleceram que, nos crimes oriundos de acidente de trânsito, se o evento aconteceu por culpa exclusiva da vítima, não há como imputar-se qualquer responsabilidade ao motorista, uma vez que para a incriminação é necessária a prova de elemento moral (v. Edgard de Moura Bittencourt. “Vítima”, págs. 194 e 195, Ed. Universitária de Direito, 1978; Geraldo de Faria Lemos Pinheiro e Dorival Ribeiro — “Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito”, pág. 700, Ed. Saraiva, 1983).

“O comportamento da vítima representou para o acusado fato verdadeiramente imprevisível, circunstância esta que impede a caracterização da culpa penal.

“Ademais, a exemplo do que vem ocorrendo com a jurisprudência alemã, é necessário desenvolver a aplicação do **princípio da confiança** (Vertrauensgrundsatz), em virtude do qual cada um dos envolvidos no tráfego tem o direito de esperar que os demais se atenham às regras e precauções que de todos são exigidas, a menos que circunstâncias especiais evidenciem o contrário (v. Johannes Wessels — “Direito Penal”, Parte Geral, trad. do alemão, pág. 150, Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976; Hans Welzel — “Derecho Penal Alemán”, trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, págs. 188 a 191, Ed. Editorial Jurídica de Chile, 1976; Eduardo Correia — “Direito Criminal”, vol. I, pág. 424, Ed. Livraria Almedina, 1971; Francisco de Assis Toledo — “Princípios Básicos de Direito Penal”, pág. 95, Ed. Saraiva, 1982; Heleno Cláudio Fragoso — “Lições de Direito Penal”, Parte Especial, vol. I, pág. 76, Ed. José Bushatsky, 1976, e Álvaro Mayrink da Costa — “Direito Penal”, Parte Geral, pág. 546, Ed. Forense, 1982).

“A propósito, preleciona Hans Welzel — corifeu da teoria finalista — que o princípio da confiança concretiza **materialmente**, de modo importante, a noção de cuidado, na medida em que faz da esfera do correto comportamento dos **demais** a base do comportamento apropriado de todo usuário da via, salientando que as regras de circulação adquirem, dessa forma, um novo valor dentro da noção de cuidado, uma vez que sendo **lícito**, em princípio, ao usuário da via, contar com que os demais usuários se conduzirão de maneira correta, passa ele a dispor de uma base sólida para regular apropriadamente seu próprio comportamento. (“Culpa e Delitos de Circulação”, trad. de Nilo Batista, in Revista de Direito Penal, nº 3, pág. 27).

“Por isto mesmo, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em acórdão relatado pelo juiz Dínio Garcia (v. Vicente Celso da Rocha Guastini e Wilson Ninno — Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. II, pág. 151, Ed. RT, 1980), teve o ensejo de assim decidir:

Embora, em termos absolutos, tudo o que não seja fisicamente impossível é previsível; no que respeita ao trânsito a previsibilidade há de ser temperada pelo princípio da confiança recíproca em razão do qual cada um dos envolvidos no tráfego tem o direito de esperar que os demais se atenham às regras e cautelas que de todos são exigidas. Assim não há de condenar motorista que, ante conduta disparatada da vítima, colhe-a em inevitáveis condições de atropelamento.

“O caso em julgamento possibilita a aplicação do princípio da confiança, em razão do comportamento revelado pela vítima nas proximidades dos ônibus, surpreendendo o motorista do táxi.

“Considero que não há nos autos prova suficiente para fundamentar sentença de natureza condenatória.

“**Diante do exposto**, com amparo no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, julgo a ação improcedente e absolvo Vergílio Tales Gonçalves da acusação de ter infringido o artigo 129, § 6º, do Código Penal” (In Processo nº 15.078).

WELZEL, depois de afirmar o emprego do princípio além do âmbito do trânsito, para qualquer trabalho conjunto e dividido entre várias pessoas, esclarece:

“O cirurgião tem que confiar em sua operação, na assistência correta por parte da enfermeira. Se ela (eleita corretamente por ele de acordo com as circunstâncias) o passa, inadvertidamente, a injeção falsa, quando ele, nesse momento, já não pode controlar, não é sua ação porém a dela que lesiona o cuidado requerido no âmbito da relação” — **idem**, obra citada, pág. 198 (traduzi).

A culpa é da enfermeira desatenta. O médico procedeu dentro da confiabilidade normal, assim como, no trânsito, confiamos em que todos os demais ajam dentro dos critérios lógicos plausíveis.

Por ser aberto o tipo dos crimes culposos, o princípio em exame funciona como modo de interpretação dos fatos na aplicação do conceito amplo do dever de cuidado objetivo.

A literatura a respeito dos princípios é cautelosa, razão da dificuldade no desenvolvimento destas despretensiosas considerações, cujo objetivo tivera um fim de cunho mais informativo.

Tirar ilações criativas é perigoso mas desenvolver as possibilidades emergentes das existentes é um dever a quem se propõem abordá-las mesmo porque é através do erro que nasce a correção.