

Aula 3 – Professor Eugênio Paes Amorim

QUANDO O DIREITO PENAL NEGA AS VÍTIMAS!

Nesta terceira análise, pretendemos enfrentar alguns temas eleitos, dentre tantos outros, nos quais se pode exemplificar situações de abandono das vítimas pelo Direito Penal aplicado.

Escolhemos quatro questões:

O dolo eventual nos delitos de trânsito;

A aplicação descriteriosa da pena e o dogma da pena mínima;

O concurso de crimes nos casos de crimes dolosos contra a vida;

Quando a vítima é policial militar.

Sobre os crimes de trânsito e seu enquadramento na figura dolosa, é importante fazer uma pequena digressão sobre o atual estado de coisas em nosso país. Com efeito, mais de 60 mil pessoas perdem a vida nas rodovias e cidades brasileiras e não há como frear essa loucura desgovernada que, ano após ano, eleva seus números. Isso para falar apenas dos crimes com resultado fatal.

Se é verdade, por um lado, que grande parte dos eventos trágicos de trânsito é causado tendo como causa concorrente as más condições das vias, também não é menos verdade que na quase totalidade das ocorrências tem-se a responsabilidade dos condutores, não se tendo uma estatística confiável, mas um sentimento geral de que muitos destes casos decorrem da ingestão de bebida alcoólica ou outros entorpecentes pelos motoristas.

Também é certo que campanhas educativas e multas, cada vez mais implementadas ou elevadas em valores, pouco ou nada têm contribuído para evitar a atual situação caótica de mortandades a cada final de semana, levando a óbito milhares de pessoas, na sua maioria jovens.

Então, parece bastante claro, a nosso sentir, que a impunidade – aqui ela mais uma vez – tem colaborado sobremaneira neste caos.

E onde falha o direito penal? Primeiro peca o direito penal ao cominar penas insuficientes às modalidades culposas de homicídio de trânsito, e a cada reforma legislativa o que se tem é buscar uma casuística mais abrangente, com a visão do

extirpar do dolo eventual de tais condutas. Ou seja, o legislador legisla em favor dos assassinos, dando às costas para as centenas de milhares de vítimas.

Mas, o outro pecado brutal diz respeito à interpretação do direito posto dada por não poucos juízes, em uma negativa de vigência das leis, muitas vezes, a encobertar uma filosofia do “não admito o dolo eventual nos delitos de trânsito”, e as coisas não devem ser conduzidas deste modo, senão que dando efetividade da lei. Os julgadores são investidos de suas funções não para dar o colorido que pretendam a lei, conforme suas convicções, como a criança que pinta o livrinho de colorir. Não, ser Juiz é aplicar a lei de modo objetivo e científico. E neste prisma, não há negar situações de dolo eventual muito claras.

Aqui, de início, estabelecemos nossa discordância em relação àquelas teorias que igualam o assentimento com o resultado morte de modo igualitário, em conteúdo e circunstâncias, com os casos de dolo direto. Ora, fosse assim, a lei conteria palavras e figuras típicas inúteis. Bastava dizer que dolo era querer ou aceitar o resultado.

O dolo eventual está expressamente previsto na parte final do inciso I, do artigo 18, do nosso Código Penal. A culpa consciente, tão debatida, como um antídoto garantista contra a lei expressa, não tem previsão nominal e direta como seu inimigo, o dolo eventual. É criação doutrinária e jurisprudencial.

E sobre a caracterização do dolo eventual, que muitos julgam ser de extrema dificuldade, vale a citação ao professor Claus Roxin, que enumera pelo menos dez modalidades de resolução do problema, e, ao nosso ver, traz na quarta eleição de critério, a mola mestra para o deslinde da questão jurídica, definindo a existência de dolo eventual, e não de mera culpa, quando o agente, deparando-se com a “probabilidade” do resultado, não se detém, diferentemente dos casos em que o acusado vislumbra apenas a mera possibilidade de causar o dano.

***CLAUS ROXIN, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría Del Delito. Editora Civitas, 1ª Edição, 4ª Reimpressão. Madrid: 2017, páginas 435 e 436.

Assim, o dolo eventual e a culpa consciente teriam como balizadores um a probabilidade do resultado, outro sua mera possibilidade.

Tomemos como exemplo esclarecedor um condutor de motocicleta que busca cruzar a BR 116 em horário de intenso movimento, sem sequer observar o tráfego, situações que ocorrem muitas vezes no caso de perseguições pela polícia. É apenas

possível ou é provável que ocorra o evento danoso. Parece óbvio que, em casos que tais, o fato era de altíssimo risco, previsto e aceito, caracterizando o dolo eventual.

Na mesma hipótese, se o condutor buscase atravessar a mesma BR, em horário de movimentação mais branda, e ainda assim tomasse os cuidados de parar e observar atentamente, apenas calculando de modo equivocado sua força e velocidade em relação aos veículos em trânsito na via principal. Parece óbvio que teríamos situação bastante diferente, onde havia tão somente a possibilidade do desastre, e estamos diante da culpa na modalidade de imprudência.

Em linhas gerais, tudo que ultrapassar a linha das modalidades culposas previstas, restando além da esfera da imprudência, negligência e imperícia, desloca-se para o âmbito do dolo eventual.

Necessário dizer aqui, outrossim, que em havendo uma corresponsabilidade da vítima ou de outros condutores, de modo que esta coexistência de causa conduza o fato da esfera da possibilidade para a da probabilidade – não por conta exclusiva da avaliação do acusado – não se pode enquadrar a conduta como dolosa.

Também é importante registrar que a adequação das condutas de trânsito na forma dolosa eventual não pode decorrer de dogmas, como o da embriaguez, porque, igualmente, estaria se deslocando da previsão legal para o terreno do arbítrio.

De um lado, na prática forense temos visto inúmeros casos nos quais, em que pese o motorista embriagado, o resultado fatal não decorre exclusivamente do seu estado de torpor. Se um motorista, ciente da embriaguez, trafega lentamente pela faixa de direita, e ocorre um atropelamento, também em decorrência da conduta da vítima, embora se possa raciocinar que em estando sóbrio o condutor poderia ter evitado o fato, também não se pode negar que o evento muito provavelmente teria ocorrido independentemente da condição do condutor.

E, de outro lado, não são poucos os casos em que o fato se torna ainda mais grave quando o condutor está absolutamente sóbrio, como, por exemplo, nos casos de competição automobilística por mera emulação, transposição de semáforo no vermelho, em faixas de pedestres ou nos casos de excesso de velocidade extraordinário ou em ultrapassagens suicidas/homicidas.

***Acórdão 2017 - 2317501

O que se tem, em geral, é que a verificação do dolo eventual depende da concorrência de algumas ou várias das situações elencadas, sempre, e isso é importante, com um olhar especial sobre os critérios da probabilidade ou possibilidade do evento, e da conduta do acusado em face da sua previsibilidade.

E não se argumente, como fazem algumas defesas criminais, que há casos em que aceitar o dolo eventual seria equivalente a que o condutor ou autor do fato aceitasse a própria morte como provável, vez que a Psiquiatria e Psicologia há muito identificam nos humanos condutas potencialmente suicidas, nada disso se podendo ter como anormal.

No famoso vídeo “Faces da Morte”, inclusive recheado de eventos de trânsito, John Alan Schwartz expõe inúmeros casos de mortes estúpidas, como a daquele que pratica o *bungee jumping* com erro de cálculo, dos participantes de “rachas” e tantos outros, para o fim de demonstrar como o homem, em muitas oportunidades, põe em risco a própria vida e a dos outros.

***https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Faces_of_Death

Nesta senda, pois, de modo objetivo e dando a devida efetividade ao dispositivo legal, não são raros os casos em que, preenchidos alguns requisitos do fato que levem à demonstração de previsibilidade de um resultado danoso provável, mais que possível, os fatos devem ser considerados como praticados em dolo.

Vale referir, inclusive, a perfeita aplicabilidade da tentativa e das circunstâncias qualificadoras subjetivas aos casos concretos.

No caso da tentativa, a expressão “vontade do agente”, cujas circunstâncias alheias impediram o resultado “pretendido”, deve ser avaliada como abrangente da própria disposição do agente de prosseguir diante da previsibilidade do resultado mais grave.

Sobre as circunstâncias qualificadoras, igualmente postas em debate por muitos, não se vê o menor óbice a que alguém acelere seu carro por espírito de emulação – brincadeira –, como nas disputas automobilísticas, caracterizadoras do motivo fútil, ou que coloque em risco as demais pessoas para fugir de uma perseguição policial, para assegurar a impunidade pela prática de outro delito.

E também não se objete, por favor, que a especialidade das circunstâncias previstas na adequação dos homicídios culposos, como as próprias disputas

automobilísticas, teriam o condão de impedir o reconhecimento do dolo eventual nos crimes de trânsito. E isso por uma razão de meridiana simplicidade, ou seja, de que o crime culposo parte do reconhecimento de suas modalidades, imprudência, imperícia e negligência. E isso a casuística legal não pode mudar.

Outra situação a ser minudentemente observada diz com a resolução dos casos de atentados contra policiais militares em serviço, cada vez mais comuns nas cidades brasileiras, e que alguns operadores tratam como mero delito de resistência, sob a argumentação de que a vontade dos rapinantes normalmente é de desvencilhar-se da ação policial e não propriamente de matar os policiais.

Mais uma vez, pois, estamos fora da ciência para justificar um posicionamento filosófico, desapegado da lei, e que protege os criminosos em detrimento das vítimas.

***Acórdão 2005 - 915136

***Acórdão 2015 – 2163452

O inusitado da situação é que se colocarmos sob o juízo de determinados Magistrados duas situações praticamente idênticas, de troca de disparos em via pública, os tratamentos penais serão diferenciados a variar tão somente a condição da vítima, se agente do Estado ou não.

Mas isso é ou não é uma odiosa negação do direito à vida ao policial em serviço?

Os criminosos, quando agem violentamente em face de policiais, evidentemente que pretendem subtrair-se à ação destes mesmos policiais no seu trabalho de cumprimento da lei e de prisão dos delinquentes, invariavelmente porque praticaram delitos patrimoniais há poucos instantes ou em razão de portarem entorpecentes ou ilegalmente armas.

Porém, este desejo de subtrair-se à ação policial longe está de desconfigurar o dolo de matar, mas, do contrário, qualifica a tentativa de homicídio. É a expressa previsão do inciso V, do artigo 121.

Hoje é tão nítida a vontade legislativa de proteger a vida do agente do estado que foi incluída no rol de circunstâncias qualificadoras o fato de o homicídio consumado ou tentado ser praticado contra policial em serviço. A lei transformou em objetivo o que era subjetivo.

E ao não aceitar essa tentativa de homicídio contra policiais sob o falso argumento de que o crime praticado seria apenas o de resistência, os intérpretes criam a esdrúxula e inexplicável situação de que uma das espécies de homicídio previstas em lei não admitiriam tentativa. Se matar é homicídio, mas se não matar é apenas resistência.

***Acórdão 2016 - 2190637

Ora, uma breve análise do panorama sob o prisma da proporcionalidade, vai nos fazer dar conta do absurdo que é igualar situações como as de um preso desarmado que simplesmente se debate no ato da prisão, provocando lesões leves, sem a menor intenção letal, ou apenas danificando a farda do militar, por exemplo, com casos em que verdadeiras hordas de assassinos e malfeitores disparam, inclusive, fuzis, contra policiais em exercício da função, e simplesmente não consumam o resultado morte exatamente pela ocorrência daquilo que a própria lei prevê ao definir a tentativa: circunstâncias alheias à vontade do agente. Não é desnecessário referir, também como ponto de ponderação, que normalmente os criminosos não têm o treinamento de tiro dos agentes do estado, estão drogados, em fuga e também recebendo tiros. E ainda há quem se surpreenda com a falta de pontaria...

Claro é que todo o operador do direito deve estar atento e cuidadoso para hipóteses, também algumas vezes presente, em que a má conduta de policiais simula uma situação de confronto para justificar seus próprios excessos. Mas isso se resolve no âmbito da casuística, e não na negativa de vigência dos dispositivos que normatizam a tentativa de homicídio contra policiais em serviço.

Outra situação ainda a merecer especial atenção é a da aplicação do concurso de crimes quando os fatos versarem sobre homicídios. Será mesmo que as regras do concurso formal e do crime continuado podem ou devem ser aplicadas em caso de homicídio.

Indubitável é que a garantia constitucional mais relevante e em *status* mais elevado que a vida humana não existe no nosso sistema constitucional, a ponto de sua previsão encontrar-se, como regra geral, no *caput*, do artigo 5º da Constituição Federal.

Também parece inquestionável que o princípio da proporcionalidade deve balizar a aplicação das leis, em especial, aquelas de ordem infraconstitucional.

Nesta senda, a resposta feita à indagação é negativa. Não podemos aplicar a uma pena de triplo homicídio, por exemplo, a pena que aplicaríamos pela prática de um crime com um pequeno ou mesmo com um grande acréscimo, pela singela razão que estaríamos reduzindo a proteção e mesmo à valoração ao bem jurídico primordial.

Tenhamos como exemplo uma chacina de cinco vítimas, em que o Juiz aplique a pena de um homicídio aumentada até o triplo. Objetivamente teríamos dois homicídios não punidos. E quais duas das cinco vítimas teriam seu direito à vida negado, pela oblíqua desconsideração penal da conduta dos executores?

A questão, parece, deve ser vista exatamente sob este prisma de proporcionalidade. A previsão legal de concurso formal de crimes ou de crime continuado deve contemplar apenas crimes que tenham agredido bens jurídicos de patamares hierarquicamente menos relevantes, como, talvez, o próprio patrimônio, ou devem ser reservadas a crimes sem violência, jamais em relação à vida.

Encerramos, por fim, tecendo críticas ao dogma da pena mínima, semeado pelo Professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior e ainda hoje bastante difundido na Magistratura nacional.

E as razões não diferem dos outros pontos aqui referidos, haja vista que a aplicação da pena sempre no seu mínimo, distanciando-se deste pouco ou quase nada em razão da análise das circunstâncias do caso, está, em última análise, a negar peremptoriamente a vigência dos limites penais e, por consequência, a diminuir, conforma casuística, o valor do bem atingido pelo crime.

Dia destes, o Juiz da Vara do Júri de Porto Alegre, Orlando Faccini Neto, ao condenar dois réus que teriam estuprado, matado e ocultado o cadáver de uma menina de apenas cinco anos, aplicou a pena máxima aos condenados, já no cálculo da pena base, e fez importantes considerações sobre o tema, que vão anexadas ao presente trabalho em áudio.

***ANEXAR ÁUDIO DO ORLANDO .

Com efeito, desde nossos primeiros passos no direito, uma questão que impressiona negativamente é a falta de critérios e o uso de “chavões” e “lugares comuns” utilizados por Juízes, que ao fim fixam as penas de modo arbitrário e

absolutamente desprovidos de critérios, negando vigência e efetividade ao artigo 59, do Código Penal, bem como aos limites sancionatórios cominados nos tipos penais.

Nesta senda, a culpabilidade invariavelmente é “normal à espécie”, os antecedentes são confundidos com conceitos de primariedade e reincidência, a conduta social “foi abonada”, a personalidade “não são dignas de nota”, os motivos e circunstâncias são considerados apenas nas qualificadoras, as consequências do crime são solenemente ignoradas e o comportamento da vítima opera com neutralidade ou a favor do condenado, nunca contra.

Estes chavões e a escravidão à pena mínima ou próxima dela fazem com que tenhamos verdadeiros absurdos representados por condenações em casos completamente diversos em gravidade punidos com penas iguais ou muito próximas. Por exemplo, testemunhamos uma pena de 13 anos para um traficante que matou o outro na disputa da boca de fumo e pena igual ao feminicida que esfaqueia a mãe na presença dos filhos (hoje uma causa de aumento objetiva).

***Acórdão 2016 – 2435548

Sobre a culpabilidade, ainda é incrível que se confunda com a questão referente ao conceito acadêmico de potencial consciência da ilicitude e quejandos. Ora, a culpabilidade, para fins de aplicação da pena base diz com a gravidade da prática delitiva em sua avaliação mais casuística. Aqui devemos observar a intensidade do dolo, a impiedade do autor e tudo aquilo que, naquele caso em específico, possa estabelecer um critério de Justiça daquela pena em relação a outras que são aplicadas.

A confusão dos antecedentes com primariedade também é criticável, haja vista que se a lei pretendesse dispor sobre as questões da reincidência não a preveria nos atos subsequentes de aplicação de pena como agravante. É muito óbvio que a lei se refere a processos e investigações em andamento e não se pode dizer que isso fira a presunção da inocência. São os mesmos registros que autorizam, por vezes, a decretação da prisão preventiva.

Da mesma forma, a conduta social do acusado não pode ser tida como abonada apenas porque duas ou três testemunhas, de relações desconhecidas com o acusado, ou por motivos não suficientemente esclarecidos, contrariam todo um histórico documentado de infrações. Neste contexto, não podemos aceitar um mundo virtual, criado por algumas declarações – que alguns Juízes ainda hoje aceitam até por escrito –

em detrimento da realidade de fácil percepção, qual seja a de uma conduta social totalmente desajustada. E o mesmo se diga em relação à personalidade.

Sobre os motivos e circunstâncias, se servem, muitas vezes, para qualificar o delito, ainda assim eles podem ter uma medida de intensidade e esta deve ser avaliada na pena-base. Exemplo: motivo torpe que pode ser bem mais grave que outro motivo torpe da sentença anterior.

Acerca das consequências do crime, mesmo nos casos de homicídio, em que há algum tempo se diria que “é normal à espécie”, o Juiz não está isento de considerar o que a morte da vítima, no caso de homicídio, ou mesmo um roubo, uma lesão corporal, interferiram negativamente na vida do ofendido (vítima via) ou daqueles que a ele amam ou dele dependem. Assim é que no Tribunal do Júri de Porto Alegre fizemos vingar a ideia de que em casos de vítima trabalhadora, com vários filhos, ou filhos menores, a pena merece uma exacerbação em relação aos casos de morte de criminosos ou indivíduos que nada produziam ou que não deixaram a pranteá-lo quem quer que seja.

Por fim, para além da negativa da vítima, mais gritante é aquela balizadora referente ao comportamento da vítima, introduzida na legislação a partir dos estudos de vitimologia e que criou a esdrúxula situação de ou beneficiar o acusado, no caso de a vítima ter provocado a prática do ato, ou, em caso negativo de operar na neutralidade. Ora, nada mais incorreto e injusto! Se uma má vítima permite a redução da reprimenda, no sentido contrário, uma vítima absolutamente inocente e pura deve impingir ao condenado um acréscimo sensível na penalidade imposta.

E ainda para além desta má análise das circunstâncias judiciais, que impede muitas vezes uma correta utilização dos limites penais cominados, resta questionar o porquê de a pena partir sempre do ponto mínimo e não do seu termo médio.

Neste sentido, em recentes sentenças de sua Lavra, a Juíza Ludmilla Lins Grillo, de Minas Gerais, adota o termo médio como o ponto de partida para a fixação da pena.

***17.002010-5-Sentença da Juíza Ludmilla Lins Grillo

***Acórdão 2017 – 2286072

Ao fim e ao cabo, neste último tópico do trabalho, o que se pode verificar é que a pena, e, por consequência, o direito penal, são aplicados sempre tendo como

destinatário e prisma apenas o infrator, o que resulta, sem sombra de dúvida, na inefetividade do direito penal e na negação dos direitos das vítimas.