



COLEÇÃO TÊMIS DESVENDADA

TEMAS CRIMINAIS VISTOS POR SERRANO NEVES

**HOMICÍDIO DE TRÂNSITO
DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE CIRCULAÇÃO AUTOMOBILÍSTICA
DA INDENIZAÇÃO CIVIL MÍNIMA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA
DO NOVO TIPO DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL**

**Serrano Neves
Procurador de Justiça Criminal**

**<http://www.serrano.neves.nom.br>
serrano@serrano.neves.nom.br
pmsneves@gmail.com**

**REVISÃO 0.1 em 28/08/2010
EDITORA LIBER LIBER**



SUGESTÕES PARA LEITURA E IMPRESSÃO

Formato A5 paisagem para leitura no vídeo, gerado com BrOffice.Writer 3.2 e convertido para PDF com BrOffice.Writer 3.2

A largura original do formato A5 corresponde a 794x559 pixels, ou seja, é menor que a menor resolução de vídeo que é de 800x600 pixels.

Melhor leitura com o ADOBE READER, mas foi testado também no FOXIT READER.

O formato permite impressão de duas páginas por folha A4 (testado em EPSON Stylus C110 Series)

A impressão pode ser ajustada para somente Preto & Branco ou somente Tinta Preta (testado em EPSON Stylus C110 Series).

Ajuste o leitor de PDF para melhor visualização na tela e acesso ao índice.

Agradecemos reportagem de problemas com formato ou impressão para pmsneves@gmail.com

Sumário

1	ABERRAÇÃO TÍPICA - HOMICÍDIO DE TRÂNSITO.....	7
1.1	ABERRAÇÃO TÍPICA.....	7
1.2	O verbo praticar.....	10
1.2.1	Como verbo transitivo direto.....	10
1.2.2	Como verbo transitivo direto e indireto.....	11
1.2.3	Como verbo transitivo indireto.....	11
1.2.4	Como verbo intransitivo.....	11
1.3	Da estrutura do tipo.....	12
2	DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE CIRCULAÇÃO AUTOMOBILÍSTICA.....	22
2.1	1.1 O cotidiano jurídico-profano.....	22
2.2	Do fato penal e seus termos e significados.....	25
2.2.1	do extrato legal aplicável.....	25
2.2.2	1.2.2 Dos termos.....	26
2.2.3	Do crime.....	29
2.2.4	De como a velhinha morreu.....	30
2.2.5	1.2.5 Delineamento dos limites da culpa e do dolo.....	32
2.2.6	Conclusão.....	37
2.3	Bibliografia	38
3	DA INDENIZAÇÃO CIVIL MÍNIMA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	41
3.1	DISCUSSÃO.....	42
3.2	SOLUÇÃO PRIMEIRA DE RESPEITO INTEGRAL À CONSTITUIÇÃO.....	47
3.3	SOLUÇÃO SEGUNDA DE ADEQUAÇÃO DO DISPOSITIVO: providência cautelar de reparação provisória.....	48
4	DO NOVO TIPO DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL.....	50

4.1 Introdução.....	51
4.2 A fotografia velha.....	54
4.3 Do bem jurídico protegido e da motivação do autor.....	57
4.4 Da interpretação do texto legislado.....	66
4.5 CONCLUSÃO.....	68
5 CRÉDITOS.....	71

1 ABERRAÇÃO TÍPICA - HOMICÍDIO DE TRÂNSITO

1.1 ABERRAÇÃO TÍPICA

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

O art. 654 do Código de Processo Penal expõe duas chaves mestras do instituto do Habeas Corpus: “qualquer pessoa” (caput) e “conterá” (§1º).

Para a segurança jurídica é preciso ter em conta que o legislador escreveu o que pensou, com o mínimo desvio, e esse desvio tem como limite a compreensão e extensão de termos e linguagens que possam ser conferidos porque pertencentes a registros acessíveis como dicionários e gramáticas etc.

O legislador, ao conferir a um termo uma compreensão ou extensão não registrada tem o dever de definir ambos.

Desta sorte, ao empregar o verbo praticar cujas 16 acepções registradas no dicionário do Aurélio, por exemplo, não destoam da origem grega praxis que passou para o latim praxis e para o português práxis sem perda da acepção fundamental de ação humana finalística, definiu que o autor do homicídio culposo agiu (praticou) no sentido de matar.

As condutas culposas configuram uma situação na qual os bens expostos à conduta devem, necessariamente, ingressar no círculo de exposição, e o crime culposos só ocorre quando tais bens são atingidos pelo perigo concreto ou pelo dano.

Na culpa inconsciente o risco aumentado pela conduta é acompanhado pela

ausência de cuidado objetivo circunstancial, e o agente crê que o resultado não ocorrerá. É a culpa do não perito.

Na culpa consciente o risco é criado pela vontade do agente que, ao mesmo tempo, aumenta proporcionalmente o cuidado objetivo circunstancial com o intuito de evitar o resultado. É a culpa do perito.

No dolo eventual o risco é criado pelo agente sem nenhum cuidado circunstancial, e a ocorrência do resultado um evento no universo estreito de ocorrer ou não ocorrer.

Uma reescrita do tipo, substituindo as definições legais e ajustando o adjetivo para advérbio, aclara a aberração:

“Art. 302. Praticar matar alguém culposamente na direção de veículo automotor.”

Por mais que eu me esforce em entender a “boa vontade” do legislador, ao considerar os valores e os fatos na relação de polaridade (mundo ideal e mundo real) e implicação necessária das quais a integração produz a norma (mundo cultural), acentuo mais a aberração, dado que a atividade de condução de veículo automotor é inteiramente regulada administrativamente em todos os aspectos, qual seja, existe um pressuposto fundamental de que o Governo pretendeu governar a atividade.

Para exercer o governo da atividade o CTB usa por 33 vezes palavras derivadas do radical “fiscaliz” (excluídas 4 que se referem a documento ou nota fiscal).

O princípio da confiança, que rege a circulação automobilística, tem sua expressão material apoiada, por certo, na efetividade da fiscalização, e tal efetividade deriva do princípio administrativo da eficiência.

Ora, se o governo abre mão da eficiência e da efetividade sobra para o condutor a autodisciplina, ou seja, a privatização compulsória da administratividade de uma atividade pública regulada, de perigo sistêmico inerente, o que não estaria fora do razoável se a educação para o trânsito fosse uma disciplina escolar obrigatória sob o pressuposto de que as pessoas pertencem ao universo da atividade, com poucas exceções.

O governo, porém, impotente instrumental para fiscalizar a circulação e realizar a pretensão de eficácia das normas, transfere para as pessoas o seu dever e cria, como compensação o código penal do trânsito.

A ditadura militar, quando comparada com o atual estado de direito, se revela mais leal, vez que, às claras, violentava a cidadania ilegalmente.

Desde a lei dos crimes hediondos que assistimos a cidadania ser violentada legalmente e o direito penal ser louvado como o mais legítimo instrumento para a construção da sociedade.

A construção do tipo do art. 302 do CTB é, no fundo, um artifício para obtenção de vantagem lícita em prejuízo da cidadania, ou seja, a diferença para a figura penal do estelionato é uma única letra “i”.

1.2 O verbo praticar

[Do b.- lat. *practicare*, ‘agir, tratar com as gentes’.]

1.2.1 Como verbo transitivo direto.

1. Levar a efeito; fazer, realizar, cometer, executar: praticar um roubo; praticar uma

operação.

2. Atuar profissionalmente ou como amador em; exercer, exercitar: praticar o magistério; praticar a medicina.

3. Expor ou exprimir por palavras; dizer, proferir: praticar um sermão.

4. Manter relações ou trato com; tratar, frequentar: “Há vinte e dois anos conheço e pratico Manuel Bandeira, e ainda não me arrependi de o ter procurado.” (Carlos Drummond de Andrade, Passeios na Ilha, p. 139.)

5. Converter em obra; obrar, perfazer, realizar: Vasco da Gama praticou o sonhado descobrimento do caminho marítimo para as Índias. 6. Tratar com intimidade, familiaridade ou amizade; conversar: Costuma praticar pessoas ilustres.

7. Ler ou estudar constantemente; manusear: praticar obras literárias.

8. Fazer (determinado esporte, ou modalidade esportiva), ger. com frequência e dedicação: praticar capoeira, judô, natação, etc.

1.2.2 Como verbo transitivo direto e indireto.

9. Pregar; ensinar: Pratica a religião aos pagãos.

10. Treinar; procurar adquirir prática ou experiência: Praticou a medicina com um famoso cirurgião.

1.2.3 Como verbo transitivo indireto.

11. Manter conversação; falar, conversar: “Conheci muito esse tal de Piano — disse o Neca, o qual, descendo do mocho furado posto do lado de dentro da janela da sala, veio praticar com o par de mendigos.” (Bernardo Élis, Veranico de Janeiro, pp. 79-80); “Lado a lado, praticando de coisas e lousas, vamos reparando na veniaga

exposta, em especial os gordíssimos adens” (Aquilino Ribeiro, Alemanha Ensanguentada, p. 156).

12. Ter relações ou trato: praticar com escritores.

13. Procurar adquirir prática ou experiência: Pratica com um famoso cirurgião.

1.2.4 Como verbo intransitivo.

14. Adquirir experiência: Trabalha de graça para praticar.

15. Manter conversação ou palestra; conversar, conferenciar, falar: “Vulna, Brandt e Prescott praticavam a um canto da saleta.” (Jorge de Lima, Salomão e as Mulheres, p. 163.)

16. Mar. Exercer o ofício de prático (7). [Conjug.: v. trancar. Pres. Ind.: pratico, praticas, pratica, etc.; pret. imperf. Ind.: praticava, ...praticáveis, praticavam. Cf. Prático, prática e praticáveis, pl. de praticável.]

O português do Brasil é a língua oficial para redação das leis brasileiras, sendo presumido, para efeito de segurança jurídica, que o legislador a domine e use corretamente.

1.3 Da estrutura do tipo

Na concepção da Teoria Finalista da Ação, leciona Júlio Fabbrini Mirabete, "como o todo comportamento do homem tem uma finalidade, a conduta é uma atividade final humana e não um comportamento simplesmente causal. Como ela é um Fazer (ou não fazer) voluntário, implica necessariamente uma finalidade. Não se concebe vontade de nada ou para nada, e sim dirigida a um fim" (13).

13 Manual de Direito Penal cit., p. 100. E conclui: "A conduta realiza-se mediante

manifestação da vontade dirigida a um fim. O conteúdo da vontade está na ação, é a vontade dirigida a um fim, e integra a própria conduta e assim deve ser apreciada juridicamente. Em suma, a vontade constitui elemento indispensável à ação típica de qualquer crime, sendo o seu próprio cerne. Isso, entretanto, não tem o condão de deslocar para o âmbito da ação típica, igualmente, o exame do conteúdo de formação dessa vontade, estudo que há de se reservar para a culpabilidade."

(Op. cit., p. 101)

Complementa o insigne Francisco de Assis Toledo afirmando que "precisamente por considerarmos a ação humana um fenômeno ético-social, é que damos um passo além para nela também identificar, de um ponto de vista jurídico, a finalidade, o seu aspecto teleológico, como nota fundamental." (14)

14 Princípios Básicos de Direito Penal cit., p. 99.

Embora ainda se observem ecos do causalismo mesmo na parte geral do Código Penal, a adoção do finalismo alterou substancialmente a estruturação dogmática da teoria do delito.

...

A ação, na concepção do finalismo, realiza-se em duas fases, consoante o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, a saber: "1ª subjetiva (ocorre na esfera intelectual): a) antecipação do fim que o agente quer realizar (objetivo pretendido); b) seleção dos meios adequados para a consecução do fim (meios de execução); c) consideração dos efeitos concomitantes relacionados à utilização dos meios e o propósito a ser alcançado (conseqüências da relação meio/fim); 2ª objetiva (ocorre no mundo real): execução da ação real, dominada pela determinação do fim e dos meios na esfera do

pensamento." (27)

27 Teoria Geral do Delito cit. p. 44-45. Diversamente, Luiz Luisi observa a existência de dois momentos definidos como de natureza volitiva e de natureza cognitiva.

A estrutura conceitual do delito e o finalismo - Elaborado em 03.2005 - Marcelo Colombelli Mezzomo - Juiz de Direito Substituto da 2ª Vara Cível de Erechim (RS)

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6868>

acessado 07:00:06 24/06/09

Teoricamente, se o ato é homicídio e o autor é homicida a ação seria “homicidar”.

Teoricamente, se o ato é furto e o verbo é furtar o autor seria um “furtador”.

Homicidar e furtador são construções incomuns e inusuais, conquanto possíveis.

Prezado Fábio: obrigado pelo cumprimento; posso dar a vocês um voto credenciado, mas não decisivo, pois o saber humano é infinito em seu progresso. Como agrônomo, deves te sentir em casa com a idéia de que a língua é um organismo vivo e, como tal, tende para a economia de energia e de recursos. Se fizesse sentido criarmos um herbicidar (do ponto de vista morfológico, até que é um verbo viável), por que não teríamos homicidar, genocidar, infanticidar, pesticidar, parricidar, etc.? Comparando custo e benefício, verás que não vale o esforço (e o sistema lingüístico parece ter chegado à mesma conclusão). É significativo que o único verbo a surgir autonomamente foi suicidar-se, certamente por todas as implicações trágicas e excepcionais que cercam o ato. Embarcar veio de barco, mas hoje podes embarcar em trem, avião, carruagem, ônibus espacial e até numa fria. No tempo da Semana de Arte Moderna, os poetas (que não passavam, em sua maioria, de piadistas) usavam alegremente avionar, trenzar, etc. — mas nada disso vingou. Continuem a “aplicar o herbicida”, que é melhor. Aliás, nota que há uma disputa de significado aí nesse hipotético herbicidar: ele significaria “aplicar herbicida”, ou “matar ervas”? São

coisas bem diferentes, como tu, mais do que ninguém, deves saber. Abraço. Prof. Moreno

<http://wp.clicrbs.com.br/sualingua/2009/05/08/herbicidar/> - acessado 07:53:14 24/06/09

Ao considerar um homicídio como doloso ou culposo está sendo considerado o disposto no Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

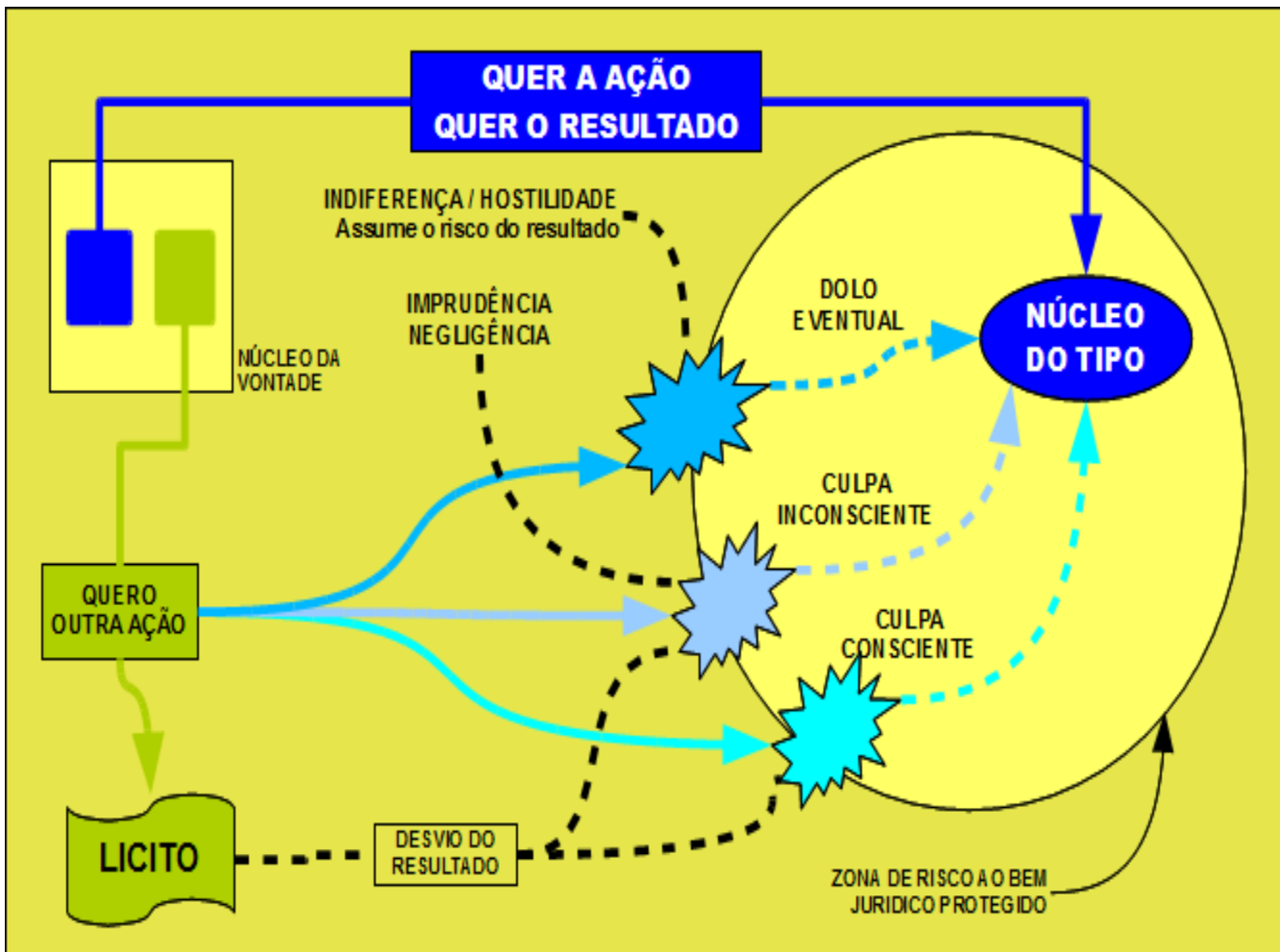
Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



A figura mostra quatro setas atingindo o tipo penal: a seta cheia representa o dolo direto e as três setas achuradas tem sua representação anotada na figura e são formas indiretas de atingir o tipo.

Na parte inferior da figura as duas setas cheias que terminam nos balões pretos são também de dolo no sentido de querer a ação (dirigir um automóvel, montar um palco etc.) e querer o resultado (chegar em algum lugar, ter o palco pronto etc), mas as condutas iniciais (setas cheias) passam por um ponto de desvio que pode ser ocasionado por assumir o risco em direção ao tipo penal (dolo eventual) ou desviar-se em razão do vício (imprudência ou negligência), ou desviar-se do resultado em ocorrência (imperícia).

Seja dolo eventual seja culpa inconsciente ou consciente, se o tipo penal não for atingido não existe incursão no tipo, principalmente no dolo eventual que pode materializar-se (ocorrência do evento) por mais de um tipo penal, não podendo existir tentativa de um tipo “indefinido”. Também, não estando em questão os crimes formais ou de mera conduta nos quais a forma ou a conduta portam, ab ovo, o elemento dogmático da culpa, as duas setas cheias da parte inferior da figura representam condutas que são penalmente indiferentes embora passíveis de sanção não penal.

Se tais condutas são penalmente indiferentes então os meios utilizados nelas também o são, não podendo existir pré-qualificação de um crime pelo meio empregado se o meio não é suporte de conduta finalística para o tipo.

Nos crimes culposos o finalismo da conduta não é dirigido para nenhum tipo penal, logo, como o indivíduo não age para praticar o homicídio não pode existir a prática de homicídio culposo qualificado pelo uso de meio especial.

A questão sempre me pareceu mais cultural do que jurídica, em razão de o veículo automotor ter entrado em uso pelas mãos da classe economicamente dominante cujo domínio se estende por outros segmentos. Deveras, a democratização da propriedade e uso de tais veículos não afastou a classe referida, ou seja, o homicídio culposo decorrente de condução de veículo automotor, antes um “acidente” na vida dos dominantes, ainda os inclui e continua a ser uma espécie de “proteção” mesmo que seja a uma pequena fatia da estatística fatal.

De resto, sobra para os “comuns” que a fiscalização humana da atividade humana de conduzir veículos na forma ostensiva que inibe e reprime de modo mais imediato está sendo levada para a automação que inibe atingindo o bolso, mas não interrompe conduções de risco e reprime de modo mediato.

O senso comum diz que “o rato anda em cima da mesa quando o gato sai de casa”, tenha-se por rato o condutor e por gato o poder/dever fiscalizador da administração.

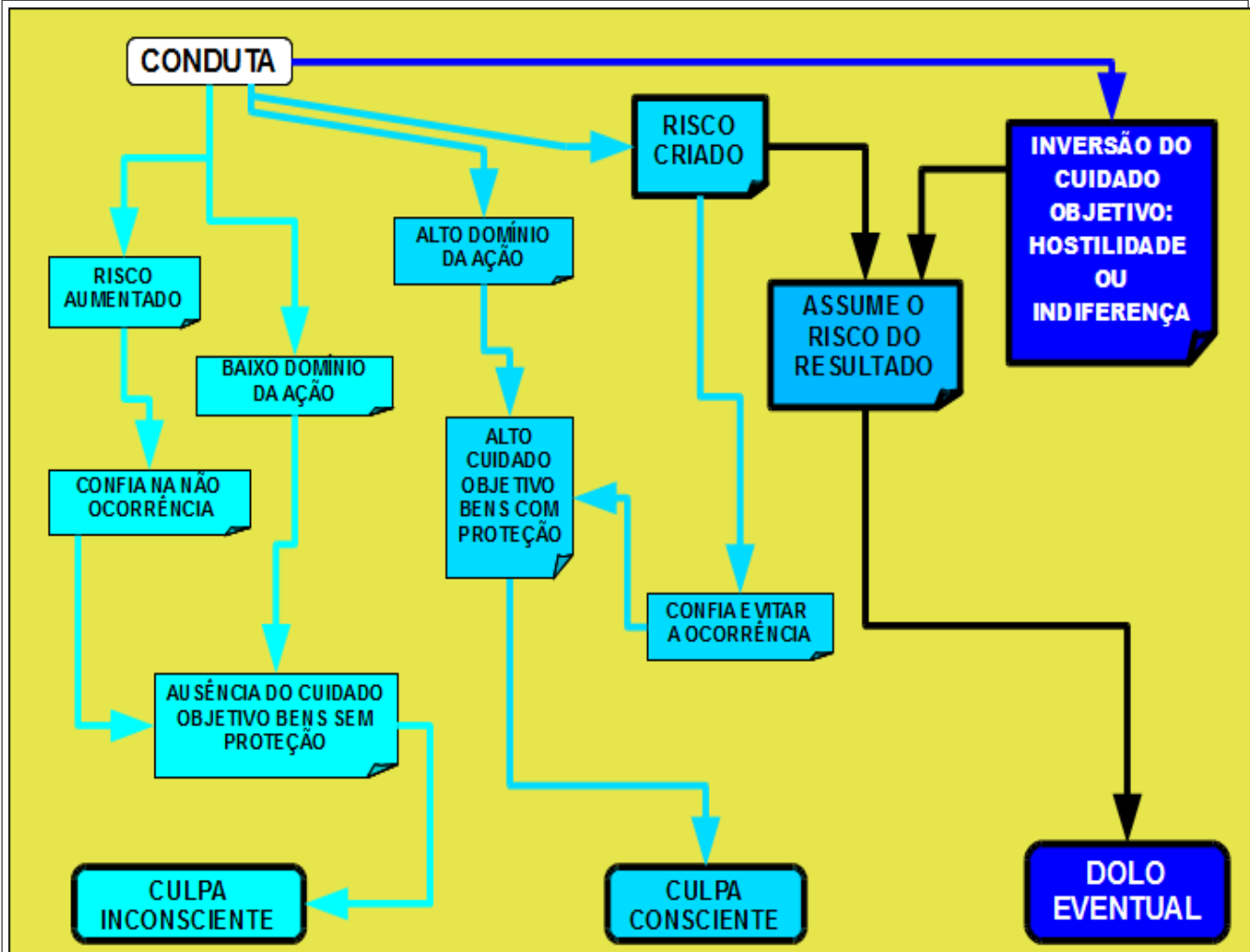
Inteiramente calçada no princípio da confiança a circulação automobilística, por ausência de fiscalização direta e outras omissões e retardamentos de adequação dos fluxos viários o princípio é rompido quando o agente público se distancia e deixa ver a ausência do garante imediato do princípio.

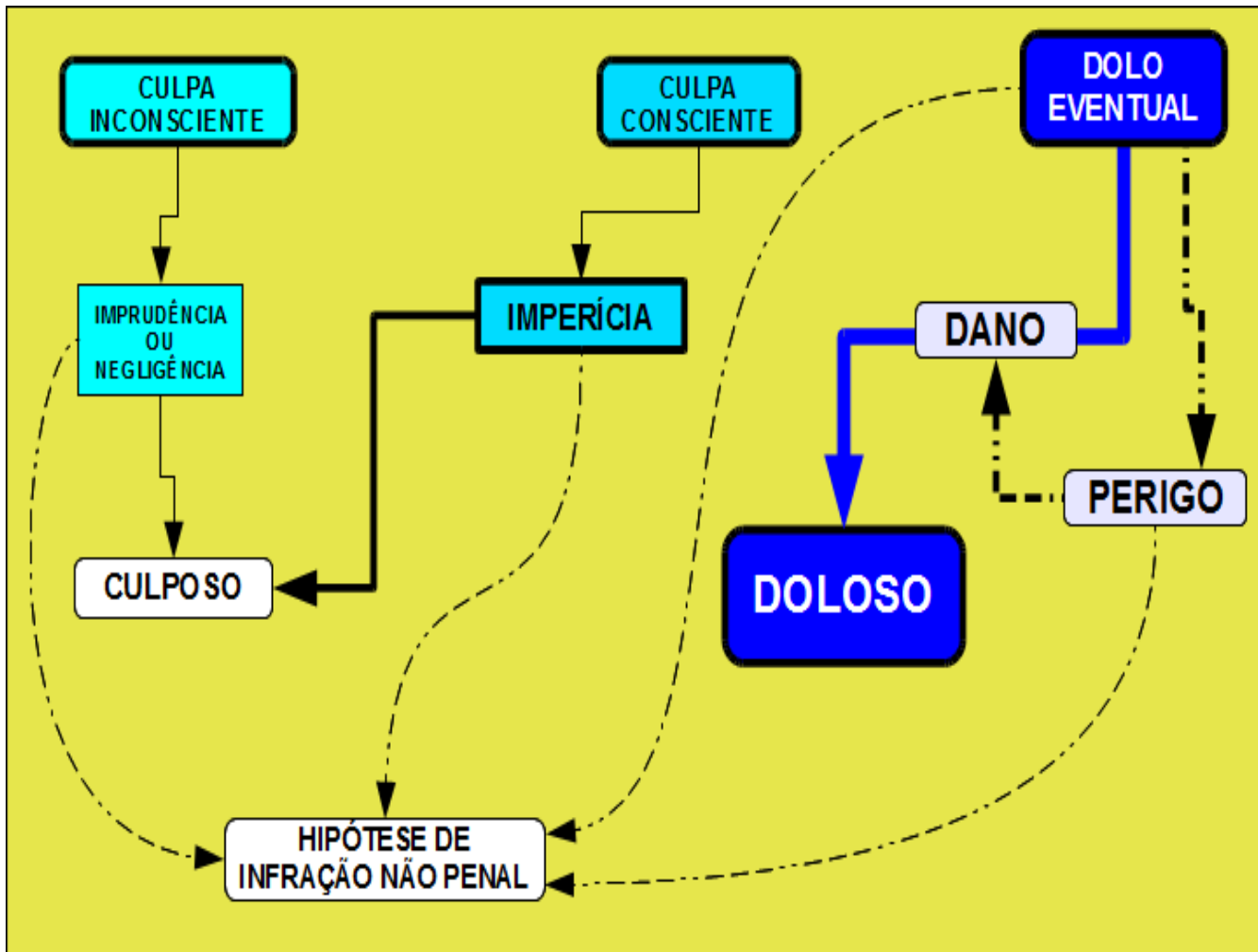
Então, bem à moda da crescente onda de penalização “reguladora” é criado o aberrante tipo do “praticar homicídio culposo”, afrontando a doutrina assentada de que o uso de um meio em desconformidade com as salvaguardas (normas de conduta para o condutor) de direitos de terceiros constitui assumir o risco de produzir um resultado danoso que pode ser penalmente relevante se “eventualmente” ocorrer.

No caso especial da condução de veículo automotor as salvaguardas vão desde a higidez biopsíquica do condutor, passam pela integridade de funcionamento do veículo, e são integradas pela regulamentação e regras de segurança que devem ser observadas.

As salvaguardas existem para que a zona de proteção do bem jurídico exposto ao risco inerente seja respeitada, valendo observar na figura que a seta do dolo eventual atinge primeiro a periferia dessa zona (dolo do risco do evento) para depois penetrar e atingir o tipo (ocorrência do evento). Diferentemente as setas das culpas entram pela zona de proteção e atingem o tipo por ausência de previsão do risco.

E é assim que se encaminha a questão para o cerne da definição.





2 DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE CIRCULAÇÃO AUTOMOBILÍSTICA

2.1 1.1 O cotidiano jurídico-profano

Um Magistrado das Minas Gerais, de passagem por Goiânia, em 1996, presenteou-me com cópia de decisão sua, na qual pronuncia o réu e o manda a julgamento pelo Tribunal do Júri, por crime de circulação automobilística com resultado morte. Decidiu em razão de denúncia que encontrou no fato a figura do dolo eventual. Esclareceu o Magistrado que tal posição não é incomum nas Minas Gerais, e forneceu-me decisões de Tribunais.

Não fiquei surpreso e nem tomei como novidade, pois há mais de uma década defendo a posição de que os crimes de circulação automobilística não se esgotam no limite da culpa, como registram os anais forenses.

O direito, assim como outras criações culturais, está sujeito a modismos: de repente, alguém mais ousado faz alguma coisa diferente e encontra seguidores. Com o lançamento da moda a cultura entra em ebulição: formam-se as correntes contraditórias, e haverá proveito se a discussão for sistematizada.

A cultura profana reconhece que nas atividades permitidas existe uma área de risco inerente a elas. O profano chega a reconhecer o limite para além do qual a atividade se torna anormal ou abusiva, e expressa o juízo em ditados: "Quem não tem competência não se estabelece" ou "O seu direito termina onde começa o meu".

A criação cultural jurídica sempre estará na esteira da formação do valor, pois primeiro os fatos devem acontecer e serem valorados, para que depois a norma possa nascer. Assim, o que é bom para a Transilvânia não será bom para o Brasil, embora sempre estejamos a dizer que "lá fora é assim".

Enquanto uma parte do mundo jurídico discute se o crime culposo existe ou é clone da responsabilidade objetiva pelo resultado e tende para uma solução civil, em nosso País as sanções administrativas e penais para as espécies do trânsito já foram endurecidas por um novo código. Novo Código que nasceu pleno de boas intenções e vazio de boas discussões, como o prova o quase inútil kit de primeiros socorros.

Num país em que o motorista irresponsável ou bêbado pode estar ao volante tanto de uma máquina '99' de 150.000 dólares quanto de um "fusquinha 66" de 2.000 reais, não parecer fácil que aumentar o valor das multas ou acenar com cadeia vá resolver muita coisa, principalmente quando é mandada para o ralo legislação que ainda tem conteúdo virgem ou mal aplicado.

O senso repressivo divide o universo dos agentes de crime em dois grandes segmentos, seja o profano que se ampara no sentimento de insegurança, seja o jurista ancorado em teoria já expurgada do direito penal: a periculosidade. Ambos desejam uma solução. No primeiro segmento estão os loucos, os vadios, os mendigos, e principalmente, os pobres, os pretos e as putas; também compõem o primeiro segmento os "inconvenientes" ao meio social e os "malvivos" [17]. No outro segmento estamos "nós", os cara-pálidas: bem empregados, com moradia, carro, filhos saudáveis, cartão de crédito, etc.

"Véase ahora el íntimo mecanismo ficticio de la peligrosidad: persiguiendo el fin último del orden jurídico-penal, la defensa social, el juez ante un sujeto que presente

ciertas anomalías - locos y semilocos - o cuya vida sea inconveniente al medio social - vagos, mendigos, malvivientes-, una vez constatada objetivamente su situación, constatación ante la cual se detendría el análisis normal no ficticio, recurre el concepto de su posible delincuencia, para lograr el sometimiento de tales sujetos al poder de la ley penal y hacer práctica la defensa". [17]

[17] SOLER, Sebastian - EXPOSICION y CRITICA DE LA TEORIA DEL ESTADO PELIGROSO, Segunda Edición, Buenos Aires, Libreria Juridica, 1929. DR. SERRANO APENAS JUSTIFIQUEI O TEXTO

Por certo, todo esforço para estabelecer distinção e distância entre Zorros e Tontos falece diante da situação comum de circularem nas mesmas vias com seus veículos e, portanto, estarem sujeitos a se envolverem em acidente com vítima:

Zorro: - "Estou com pressa por que tenho grandes negócios a resolver, dirigindo o meu mercedes [carro] com uma mão só, tendo na outra o meu celular".

Tonto: - "Estou com pressa, por que tenho que entregar a carga no prazo, dirigindo o meu mercedes [caminhão] com uma mão só, tendo na outra um sanduíche".

Zorro: - "Esses caminhoneiros são uns irresponsáveis".

Tonto: - "A lei é igual para todos. Ninguém vai botar Zorro na cadeia. Logo, a irresponsabilidade também é igual para todos".

Pode até não ser, mas parece verdadeiro que as coisas foram feitas para funcionar assim: para manter os Zorros no limite da culpa consciente é preciso tratar igualmente os Tontos.

Aceito críticas, mas desafio qualquer Zorro motorizado a me dizer, olhando nos meus olhos, que é capaz de esperar pacientemente que um Tonto acabe de atravessar a

rua, sem valer-se de qualquer meio para "apressá-lo".

Não sei se é hora de a lei ter mudado. Apenas sei que é hora de aplicar alguma lei.

Assim, o presente exercício visa verificar se o Código Penal Brasileiro e sua doutrina admitem o dolo eventual no crime de circulação automobilística como pertinente, ou se tal espécie é um endurecimento superficial.

2.2 Do fato penal e seus termos e significados

2.2.1 do extrato legal aplicável

TÍTULO II - DO CRIME

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a] tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b] de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

c] com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

2.2.2 Dos termos

A abundância de referências a estrangeiros não significa demérito para os autores pátrios. É apenas uma questão de afeição a textos mais concisos.

FATO: conjunto de todos os elementos necessários para a existência do crime.

"La dottrina sulla nozione di fatto è divisa in varie correnti di pensiero. L'orientamento tradizionale, ricollegandosi al concetto di Tatbestand, già nell'esperienza giuridica, in Annali dell'Università di Macerata, Vol. 5, pag. 5 e gli Autori ivi indicati], ritiene che il concetto di fatto è dato dalla somma di tutti gli elementi necessari per l'esistenza del reato ".[pág. 07][15]

[15] ROCCA, Manlio La - STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

O fato se decompõe em:

AÇÃO: movimento voluntário do homem.

EVENTO: modificação no mundo externo como efeito da ação.

"3. - Il fatto dell'uomo, o atto consta di due mutamenti:

a] l'azione, consistente nel movimento volontario dell'uomo;

b] l'evento, consistente nella modificazione del mondo esterno per effetto dell'azione. L'azione, quindi, in senso stretto è un movimento, l'evento un mutamento. Il muovere e

l'essere mosso". [pág. 11] [15]

[15] ROCCA, Manlio La - STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

A ação se decompõe em um elemento material [movimento externo] e um elemento psíquico [consciência e vontade em relação ao evento].

"5. - Fa parte dell'azione, non solo il comportamento esterno dell'agente, ma anche il mutamento interno, o elemento psichico. Nel concetto di elemento psichico va intesa qualunque situazione psicologica del colpevole al momento dell'azione, e, quindi: il dolo generico [coscienza e volontà dell'evento]; quello specifico [fine particolare perseguito dall'agente]; la situazione di colpa [conscienza e volontà dell'azione, ma non dell'evento]; l'erronea rappresentazione della realtà [errore di fatto, reato supposto o impossibile, ecc.]; i motivi [o moventi dell'azione, ecc.]". [pág. 14][15]

[15] ROCCA, Manlio La - STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

PRESSUPOSTOS DO FATO: elementos jurídicos e materiais anteriores a execução do fato, cuja existência é necessária para que o fato previsto na lei constitua crime.

"9. - Il Manzini considera presupposti del fatto quegli elementi giuridici o materiali, anteriori alla esecuzione del fatto, la cui sussistenza è richiesta perchè il fatto preveduto dalla norma costituisca reato. La mancanza di tali presupposti rende il fatto non punibile." [pág. 22][15]

[15] ROCCA, Manlio La - STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

FATO PENAL: concentração do fenômeno em uma unidade mínima de observação, tal que, mudando algum elemento observado muda o fato.

"Essendo il concetto di fatto un'astrazione, creata da un processo di concentrazione di fenomeni in una unità minima di osservazione, è evidente che mutando uno qualunque degli elementi osservati, muta il fatto". [pág. 26][15]

[15] ROCCA, Manlio La - STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

O tratamento do fato penal se dá em dois planos: no plano do direito material é o núcleo do crime [tipo], no plano de direito processual é o próprio crime [imputação: elementos material e psíquico]. [15]

"Il Guarneri, invece sostiene: Nel diritto sostanziale fatto serve ad indicare il nucleo oggettivo del reato; nel diritto processuale, invece, concerne l'imputazione nella sua interezza, diventa quasi sinonimo di reato, e, quindi, comprende tanto lo elemento obiettivo che l'elemento psicologico". [pág. 30]

[15] ROCCA, Manlio La - STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.

2.2.3 Do crime

12. Pareceu-nos inconveniente manter a definição de causa no dispositivo pertinente à relação de causalidade, quando ainda discrepantes as teorias e consequentemente imprecisa a doutrina sobre a exatidão do conceito. Pós-se, portanto, em relevo a ação e a omissão como as duas formas básicas do comportamento humano. Se o crime consiste em uma ação humana, positiva ou negativa [nulum crimen sine actione], o destinatário da norma penal é todo aquele que realiza a ação proibida ou omite a ação determinada, desde que, em face das circunstâncias, lhe incumba o dever de

participar o ato ou abster-se de fazê-lo.

13. No art. 13, § 2º, cuida o Projeto dos destinatários, em concreto, das normas preceptivas, subordinados à prévia existência de um dever de agir. Ao introduzir o conceito de omissão relevante, e ao extremar, no texto da lei, as hipóteses em que estará presente o dever de agir, estabelece-se a clara identificação dos sujeitos a que se destinam as normas preceptivas. Fica dirimida a dúvida relativa à superveniência de causa independente, com a inclusão, no texto do § 1º do art. 13, da palavra relativamente, "se a causa superveniens", destaca Nélson Hungria, "se incumbe sozinha do resultado, e não tem ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação ou omissão, esta passa a ser; no tocante ao resultado, uma 'não-causa'" [Comentários, v. 1, t. 2, 5. ed., 1978, p. 67].

[Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal.]

Omissão é a não realização de um comportamento exigido que o sujeito tinha possibilidade de realizar.

Negligência é a ausência de precaução ou indiferença ou relação ao ato praticado.

Imprudência é a prática de fato perigoso

Imperícia é a falta de aptidão para o exercício de arte ou profissão.

2.2.4 De como a velhinha morreu

As situações a seguir descritas obedecem ao conceito de fato penal e são consideradas como gabarito para as modalidades, além de serem obedientes aos parâmetros que as precedem.

Na circulação automobilística em vias ou trechos de vias que sofrem interferência de pedestres, sujeitos a regras tanto os veículos quanto os transeuntes, o normal é que

uns e outros circulem sem a ocorrência de dano aos bens jurídicos expostos ao risco inerente. Existe um dever recíproco de não aumentar os riscos, mas deverá existir também um sentimento de proteção, ou cuidado, de cada um, em relação ao que descuide de sua conduta. Este sentimento de proteção é circunstancial, e tão mais forte deve ser quanto mais complexa a conjuntura. É que o sujeito passivo na espécie é a pessoa humana, e os bens jurídicos expostos a perigo são a saúde, a integridade física, e a vida. Por certo, exigível que o condutor de um veículo sacrifique o seu direito de circular [ainda que segundo as regras e as circunstâncias] para preservar os bens apontados. O pedestre ou o transeunte é a parte mais fraca mas, mesmo considerando que as leis de trânsito se lhe aplicam também, não se pode dizer que andar nas ruas é uma atividade regulamentada ou que dependa de habilitação, podendo ser afirmado, apenas, que andar nas ruas é uma atividade orientada pelo espaço destinado, pela sinalização e pelo sentido de preservação da vida e da saúde.

Em suma, o pedestre e o motorista devem se conduzir de modo que um não interfira no direito de circulação do outro mas, no caso de conflito, a proteção deve recair sobre o bem jurídico de maior valor, valendo dizer que, devendo existir a confiança de que todos vão cumprir as regras, é de se esperar que tal princípio valha entre os que estejam em situação semelhante, ou seja, entre motoristas, ou entre pedestres mas, jamais entre os que estejam em situações interferentes, como entre motorista e pedestre.

É de se esperar que o pedestre obedeça às suas regras de circulação com o cuidado necessário, o mesmo sendo esperado do motorista mas, é de se esperar, também, que a desobediência ou o descuidado de um não funcione como validador da conduta obediente e cuidadosa do outro, tornando aceitável que o motorista atento atropеле o

pedestre desatento ou que o pedestre chute a porta do carro estacionado sobre a calçada.

Outro aspecto que merece relevo é o material, sujeito às leis da física, e envolve não só a colisão veículo-pedestre, como a colisão entre veículos, com danos para a vida, a saúde e a integridade física. É que as leis da física não perdoam os que as desafiam em nome da pressa ou da desatenção. Destarte, alguns motoristas desafiam o que não conhecem e torna importante que o ânimo do desafio seja perquirido para verificação da responsabilidade.

2.2.5 Delineamento dos limites da culpa e do dolo

A velhinha estava atravessando a rua, no meio do quarteirão. No local, zona residencial não existe a faixa para pedestres.

a] o motorista vê a velhinha e, sem diminuir a velocidade, buzina para que ela se apresse e desobstrua o caminho;

b] o motorista vê a velhinha e, sem diminuir a velocidade, prossegue.

Nos dois casos a velhinha foi atropelada.

A cultura jurídica registra que os crimes de circulação automobilística são culposos. Pela natureza da atividade e pelos riscos próprios dela a cultura popular também resiste a acreditar que os motoristas estejam a dirigir para cometer crimes. No entanto, alguns fatos cometidos por motoristas bêbados ou abusados têm levado a opinião sedimentada a se mover. Tais fatos foram se tornando mais frequentes chamando as autoridades a endurecer o tratamento administrativo para os infratores de trânsito e o tratamento penal para os resultados penalmente típicos ocorridos no trânsito.

Embora o Código Penal, no art. 92, III, faça a previsão da inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso, o único exemplo

que se tem desse emprego vem dos filmes americanos, quando o bandido em fuga atropela, de propósito, o mocinho.

Como novidade, ou melhor, como um tranco na cultura, alguns Promotores tem oferecido [e os juízes recebido] denúncia por dolo eventual em crime de circulação automobilística.

Acontece que para o Direito Penal Brasileiro, o dolo eventual é assumir o risco de produzir o resultado [art. 18, I do CP] e, fazendo fronteira com o dolo eventual têm-se a culpa consciente.

Fácil ver que a culpa consciente e a inconsciente são continentes das mesmas condutas: imprudência, negligência ou imperícia. As duas modalidades de culpa se constituem em condutas viciadas: na culpa inconsciente o agente acredita ter o domínio da conduta e não tem, e isto faz com que os riscos inerentes à atividade sejam acrescidos dos riscos da conduta viciada, sem que o agente disto se aperceba. Logo, se vem a ocorrer algum resultado por conta do acréscimo dos riscos, tal resultado [típico] pode ser atribuído ao agente, não somente pela cadeia causal natural [o que seria objetivo], mas pela cadeia causal anímica ou psicológica que o levou a se conduzir alheio aos bens jurídicos próprios, de outrem, comuns ou públicos. Na culpa consciente o agente se apercebe de que sua conduta gera o acréscimo de riscos e, por isto, não se conduz alheio aos bens jurídicos, antes, protege tais bens com a crença de que pode evitar o resultado prenunciado pelo aumento dos riscos.

A diferença entre as culpas reside em que, na inconsciente o agente faz mal e disso não se apercebe, causando um resultado para além do fazer original. Na consciente o agente sabe o que está fazendo, conhece os riscos - geralmente aumentados - mas confia ser capaz de não causar resultado para além do objetado.

Na primeira o agente nem pensou nalgum resultado estranho à conduta; na segunda, tanto pensou no resultado que intentou evitar, o que mostra claramente que, enquanto um agente não cogitava da possibilidade do resultado estranho, o outro se conduzia de modo a evitá-lo, ficando claro também que, se o primeiro nem sempre se conduz na ignorância, o segundo enormemente se afasta do tradicional conceito de leviandade.

É determinante do dolo eventual que o agente assuma o risco de produzir o resultado, e o ânimo do agente, no caso, é um profano "*pouco me importa o que aconteça*" [a] que pode ser traduzido como indiferença ou hostilidade em relação aos bens jurídicos imersos na faixa de probabilidade do evento.

[a] A expressão aspada foi cunhada pelo autor quando iniciou esta construção doutrinária nos fins de 1996. Na conferência com a atualização da doutrina, encontrou em Direito Penal Brasileiro - Parte Geral, de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª ed., 1997, o seguinte trecho, na página 501: " O dolo eventual, conceituado em termos correntes, é a conduta daquele que diz a si mesmo 'que agüente', 'que se incomode', 'se acontecer, azar', 'não me importo'. Observe-se que aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, ou probabilidade."

O risco é comum ao culposo e ao doloso, mas, no culposo os riscos são criados por uma conduta originariamente não penal e os bens jurídicos expostos ao excesso estão excluídos da cadeia causal pelo ânimo do agente, enquanto que no doloso os bens jurídicos estão incluídos na cadeia causal pelo ânimo do agente que, ou não lhes atribui valor [indiferença] ou os considera em oposição à sua conduta [hostilidade].

Voltando à velhinha atropelada:

a] o motorista descuidou e não viu a velhinha: culpa inconsciente;

b] o motorista viu a velhinha, mas possuía habilidade para desviar-se: culpa consciente ;

c] o motorista viu a velhinha, e sem diminuir a velocidade, buzinou para que ela saísse do caminho: dolo eventual por ânimo hostil;

d] o motorista viu a velhinha e, sem diminuir a velocidade, prosseguiu: dolo eventual por ânimo indiferente.

Um passo a mais no raciocínio aumentará a precisão da definição da eventualidade do resultado: nas duas hipóteses do dolo o agente transferiu a inevitabilidade do resultado para o titular do bem jurídico em perigo.

Conquanto se tenha alcançado a construção de modelos finais do conjugado conduta-evento, mais um ponto pode ser acrescentado para clarear.

Sendo que um núcleo de atividade tem uma área de risco inerente, o cuidado do agente deve se estender por toda essa área, de modo que a ocorrência do evento seja apenas natural, isto é, é possível afirmar, sem especificar, que quanto maior o número de objetos e trajetórias envolvidos numa atividade, mais provável se torna a ocorrência de um evento não desejado, por maior que seja o cuidado dedicado por cada um.

A perfeição é inatingível, quer dizer, inexiste o "erro zero" e, portanto, existirá sempre o momento em que todos os erros se apresentam: isto é o azar.

Quando o núcleo da atividade é alterado a área de risco inerente é coberta pela área de risco criado, e a superposição faz com que a área do risco inerente se transforme em área de risco aumentado, isto quer dizer que a alteração do núcleo da atividade aumenta os riscos na faixa inerente e cria riscos para além dela, ou seja, além de os bens

inerentes ficarem mais sujeitos ao perigo, outros bens são postos a risco.

Quando o agente altera o núcleo da atividade por imprudência ou negligência, e está consciente dos riscos criados, só permanecerá nos limites da culpa consciente se for perito, isto é, se lhe pode ser atribuída, em tese, eficiência para evitar o evento, e a culpa se lhe cai em cima por ineficácia.

Logo, se o imprudente ou o negligente não for perito, não se lhe pode atribuir culpa consciente, mas sim dolo eventual ou culpa inconsciente.

Como corolário o imperito não se salva com a prudência ou a diligência, por ser ineficiente para evitar o resultado, e por isto mesmo não se lhe pode atribuir culpa consciente, mas sim o dolo eventual ou culpa inconsciente.

Como o núcleo da atividade é função das circunstâncias objetivas, estas poderão exigir do agente muito mais do que a prudência ou a diligência são capazes, isto é, exigir perícia e, como a perícia é, em regra, atrelada a uma profissão, o motorista comum é inconsciente diante de tais circunstâncias, mas não o é o perito.

2.2.6 Conclusão

No nosso entendimento o espaço do dolo eventual começa com o "ânimo hostil" [3] que, compreendendo a indiferença em relação ao resultado [20] equivale a assumir o risco de produzi-lo.

"Non si può parlare di colpa, quando un'intenzione di offendere, sia pure vaga ed indeterminata esisteva nell'agente". [3]

[3] ALTAVILLA, Enrico - DELITTI CONTRO LA PERSONA, Seconda edizione, vol. X, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1921.

"Se l'agente opera in una situazione di indifferenza rispetto alla produzione dell'evento assumendo il rischio dell'evento, sperando che esso abbia a realizzarsi, il dolo [eventuale] deve ammettersi, mentre se opera sperando che l'evento non abbia a verificarsi il dolo deve ritenersi escluso e deve ammettersi la colpa cosciente. La prova indubbiamente non è facile: ciò che conta è che essa non debba essere esclusivamente desunta dal carattere del reo, ma da tutto il complesso delle circostanze che determinano la capacità a delinquere del reo [art. 133 C.P.]". [20]

[20] BETTIOL, Giuseppe - DIRITTO PENALE, Parte Generale, 1a edizione, Italia, dicembre, 1945.

É preciso mudar a mentalidade para, quando do fato com vítima oriundo de acidente automobilístico, enfrentar os elementos da informação sem o juízo prévio de que se trata de crime culposos.

2.3 Bibliografia

1] PESSINA, Enrico - *IL NUOVO CODICE PENALE ITALIANO*, Seconda edizione, Milano, Eitore-Libraio Della Real Casa, 1890.

2] FLORIAN, Eugenio - *PARTE GENERALE DEL DIRITTO PENALE*, Trezza edizione, vol. I, Milano, Casa de Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1926.

3] ALTAVILLA, Enrico - *DELITTI CONTRO la persona*, Seconda edizione, vol. X, Milano, Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1921.

4] GRANATA, Luigi - *L'OMICIDIO NEL DIRITTO PENALE*, Edizione Dell'Ateneo, Roma, 1949.

5] FONSECA, Arnaldo Medeiros da - *CASO FORTUITO E TEORIA DA IMPREVISÃO*, 3a ed., Editora Forense, 1958.

- 6] CALÓN, Eugenio Cuello - *DERECHO PENAL, Decima Edicion, BOSCH, Casa Editorial, Barcelona, TOMO I, 1944.*
- 7] CONTIERI, Enrico - *O ESTADO DE NECESSIDADE, Livraria Acadêmica, Saraiva, São Paulo, 1942.*
- 8] COSTA JR., Paulo José da - *COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL, vol. 1, Parte Geral, Saraiva, 1986.*
- 9] CARNELUTTI, Francesco - *TEORIA GENERAL DEL DELITO, VOL. XX, Série B, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.*
- 10] LUNA, Everardo da Cunha - *CAPÍTULOS DE DIREITO PENAL, Parte Geral: com observações à nova Parte Geral do Código Penal, São Paulo, Saraiva, 1985.*
- 11] ROSA, Antonio José Miguel Feu - *DIREITO PENAL, Parte Geral: Doutrina e Jurisprudência atualizadas de acordo com a Constituição de 1988 e toda legislação penal complementar, Brasil, Editora Revista dos Tribunais LTDA., 1993.*
- 12] JESUS, Damásio E. de - *DIREITO PENAL, Parte Geral, 1o vol., 15a edição, Ministério Público de São Paulo, Saraiva, Revista atualizada, 1991.*
- 13] BOREL, Émile - *PROBABILIDADE E CERTEZA, 2a ed., Coleção Saber Atual, São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1966.*
- 14] FRANCO, Alberto Silva e outros - *LEIS PENAIIS ESPECIAIS E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.*
- 15] ROCCA, Manlio La - *STUDI SUL PROBLEMA DEL "FATO" NEL PROCESSO PENALE, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1966.*

- 16] AFTALION, Enrique R. - *PERIGROSIDAD y EXISTENCIALISMO*, Libreria Juridica, San Luis/Buenos Aires, El Gráfico/Impresores, 1954.
- 17] SOLER, Sebastian - *EXPOSICION y CRITICA DE LA TEORIA DEL ESTADO PELIGROSO*, Segunda Edición, Buenos Aires, Libreria Juridica, 1929.
- 18] TAVARES, Juarez - *DIREITO PENAL DA NEGLIGÊNCIA*, SÓo Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- 19] WELZEL, Prof. Hans - *DERECHO PENAL ALEMAN, Parte General*, 11a edición, Chile, Editorial Juridica de Chile, 1970.
- 20] BETTIOL, Giuseppe - *DIRITTO PENALLE, Parte Generale, 1a edizione*, Italia, dicembre, 1945.
- 21] CASTRO, José Soares de - *CRIMES DE CIRCULAÇÃO AUTOMOBILÍSTICA. Dissertação para livre docência, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFGO.*, 109p.
- 22] TOLEDO, Francisco de Assis - *PRINCÍPIOS BÁSICOS DE DIREITO PENAL De acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984, e a Constituição de 1988, 4a ed.*, SÓo Paulo, Ed. Saraiva, 1991.
- 23] VILANOVA, Lourival - *LÓGICA JURÍDICA*, São Paulo, Editora Bushatsky, 1976.
- 24] LUNA, Everardo da Cunha - *O RESULTADO NO DIREITO PENAL*, São Paulo, Editora Bushatsky, 1976.
- 25] Zaffaroni, Eugenio Raúl - *Manual de direito penal brasileiro: parte geral / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

3 DA INDENIZAÇÃO CIVIL MÍNIMA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

**[...] se, o Estado proibiu a justiça de mão própria, assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas, pelo quê o processo avizinha-se do optimum, na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a satisfação abstrata prevista na regra jurídica material.
(MOREIRA, 1980, p.21, apud MARINONI, 2000, p.202).**

Citado em CAUTELARIDADE E RESTAURAÇÃO CIVIL DOS DANOS PENAIIS
Luciano Marcel NAGIMA *

<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewPDFInterstitial/1175/1124> - acessado 150909 1242

3.1 DISCUSSÃO

Discute-se, amplamente, os efeitos e as controvérsias do disposto no inciso IV do art. 387 do CPP (Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Os autointitulados operadores do direito lançaram-se à tarefa de puxar as alavancas e apertar os botões para que a máquina funcione.

As reações ainda são tímidas e o enfrentamento do ponto de vista da legitimidade

do dispositivo, ou seja, da verificação da pertinência constitucional ainda não se deu de forma consistente.

Considerando que os atores jurídico-penais conhecem a Constituição, os princípios penais nela contidos e todas as repercussões do devido processo legal, dispense comentar tais para enfrentamento da questão.

Tomo como ponto de partida que a quase totalidade das vítimas na ação penal não promove a ação civil para reparação do dano, mas não tenho informações sobre a causa de tal inércia.

Sem informações devo tomar que as vítimas não encontram o caminho para a reparação, por ignorância ou falta de condições, ou qualquer outro esbarro como não tomar conhecimento da condenação do autor e até mesmo as dificuldades cotidianas de acesso às defensorias e promotorias públicas.

De certo eu mesmo estaria preocupado com tal hipossuficiência e alçaria as vítimas para a categoria de "portadores de necessidades especiais". No entanto, a matéria é de direito, qual seja, o aporte de suficiência para alcançar a pretensão, tanto quanto me é precioso o raciocínio de que tal hipossuficiência decorre de lesão no "sistema nervoso central" no regime democrático.

Colocar o hipossuficiente numa cadeira de rodas ou dar-lhe muletas pode melhorar sua deambulação na direção do direito mas não lhe restaura o "status dignitatis", restauração para a qual, à moda da fisioterapia, uma "juristerapia" daria aos lesados autonomia "funcional". Porém, o legislador "paternal" preferiu conceder, ex officio, uma "cesta básica de direitos", entregue em "mãos próprias", com a qual, a meu ver, alcançou a filigrana de ferir, mais uma vez (já o havia feito na doação presumida de

órgãos) a secular teoria da formação da vontade, impondo à vítima receber o preço mínimo da ofensa por sobre seu sentimento íntimo de recusar a buscá-lo.

Mais me pareceu uma solução de "mercado" do que uma solução de direito, tanto quanto a medida traz embutido evitar demandas judiciais mais complexas, o que o governo deve considerar uma troca justa: dou-lhe o que não pediu e nem sei se quer, por presunção de que quer e pedirá, e em troca a máquina judicial fica aliviada.

Não me pareceu, porém, que a permuta atenda à Constituição, cujos artigos, no popular "do primeiro ao quinto" são suficientes para que o cidadão concorra ao prêmio maior da cidadania plena.

Com a propositura da ação penal a vítima é automaticamente cadastrada como hipossuficiente judicial e a condenação do autor assume ares de aprovação do cadastro, com remessa imediata da "cesta de direito".

Não sou contra a indenização às vítimas, só não sou a favor da indenização automática dada em sede penal, de forma resumida, sem fundamentos fato e de direito que deem suporte ao mínimo pretendido.

A ação penal tem por fim efetivar a perda da liberdade (ou de direitos) segundo o DEVIDO PROCESSO LEGAL.

A ação civil tem por fim efetivar a perda de bens (ou de direitos) segundo o DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Embora a Carta Magna disponha sobre a perda da liberdade e de bens em um único lançamento a tradicional autonomia entre as esferas penal e cível não deixou de existir, mas muitos estão cuidando de explorar o artigo em comentário como uma espécie de "relativização da autonomia", mas o estão fazendo a partir do escopo de dar

eficácia à pretensão legislativa, com poucos se dedicando a estudar se a disposição, em face da ordem jurídica e do regime democrático, é meio legítimo para o fim proposto.

Claro que o dispositivo é muito "prático" como muito prático seria privar o indiciado da liberdade "no rosto do inquerito" à vista de que este apresentasse depoimentos a favor e contra suficientes para tomada de decisão.

É tal "encurtamento" processual que me preocupa.

Admito, para não perder tempo discursando sobre o que deve ser sabido (por presunção), como possível a relativização da autonomia entre o cível e o penal, mas afastado desde já admitir qualquer confusão entre os DEVIDOS PROCESSOS LEGAIS, seja mesmo por identidade de causa de pedir, para tanto, separando o interesse público penal do interesse privado cível.

Sendo certo que o trânsito em julgado penal pode ser levado ao cível para fins de reparação do dano, a ideia de uma relativização da autonomia, coerente com a pretensão da lei, encontra assento mais confortável num conhecimento bifronte, qual seja, a ação penal, dentro do escopo da intervenção estatal mínima: intervenção penal mínima na liberdade e intervenção cível mínima nos bens.

Parece simples demais para ser verdadeiro, mas a complexidade enxergada será fruto da dificuldade em lidar com "mínimos", embora, a rigor, qualquer condenação penal tenha de se enquadrar como o mínimo necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção para não ser arbitrária.

Pelo ângulo da intervenção mínima, que minimiza a possibilidade de lesão econômico-financeira ao condenado, estaria sendo adimplido o DEVIDO PROCESSO LEGAL para a perda de bens, afastando o dispositivo do espaço arbitrário da "causa

comum de dois" (híbrida), à vista de que as repercussões diferem pela origem: a causa da pena é a "intensidade da culpabilidade" e a causa da indenização é a "intensidade" do dano, ou seja, são grandezas conceitualmente distintas.

No penal, para determinar a condenação está o magistrado jungido a "fundamentar" com elementos de fato e de direito.

No cível, para determinar a condenação está o magistrado jungido a "fundamentar" com elementos de fato e de direito.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Mesmo admitida a identidade de fato inexiste identidade de direito.

O jugo imposto pela Constituição aos magistrados não pode ser banalizado a ponto de os fundamentos penais poderem ser tomados como fundamentos cíveis.

Ainda que o curso dos atos judiciais de conhecimento apresente informações de tal semelhança que torne desnecessária alguma separação ou especialização, é de ser tido em conta a regência do ato de conhecimento, qual seja, atos de conhecimento penal conduzem ao convencimento penal e atos de conhecimento cível conduzem ao convencimento cível.

É regra antiga que a sentença penal condenatória produz a "certeza" da obrigação de indenizar (art. 63, CPP) ao qual foi acrescido o parágrafo único que dá executividade à "indenização mínima" e ressalva a liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

O acréscimo traz a indicação clara de que a sentença penal condenatória não dá "liquidez" à obrigação, qual seja: A INDENIZAÇÃO MÍNIMA É ILÍQUIDA e um ilíquido executável tem o cheiro da indignificação, cheira a "cesta básica".

Derrui-se o direito com a picareta do paternalismo populista tão afeito a angariar votos em troca de promessas de cumprir o dever, como se cumprir o dever não fosse uma "obrigação".

Existem soluções indenizatórias que atendem o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, apenas custam mais caro ou são mais trabalhosas, custos, porém, compatíveis com o valor a ser preservado.

3.2 SOLUÇÃO PRIMEIRA DE RESPEITO INTEGRAL À CONSTITUIÇÃO

1. Instalação das Defensorias Públicas para atenderem à demanda das ações civis ex delicto.

2. Aparelhamento das Promotorias Públicas para notificarem as Defensorias sobre as denúncias.

3. Notificação à vítima (interessados) e às Defensorias do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.3 SOLUÇÃO SEGUNDA DE ADEQUAÇÃO DO DISPOSITIVO:

3.3.1 Providência cautelar de reparação provisória.

1. Obtenção da representação dos legitimados para a indenização antes do oferecimento da denúncia, a ser instruída com elementos mínimos de convencimento, permitindo a acusação a tutela “ex delicto”, por danos emergentes “provisórios” com prova preconstituída;

Questão que tem gerado preocupação entre os operadores do direito diz com a prova dos danos sofridos pela vítima, com vista à fixação da indenização na sentença penal condenatória. O inciso IV, do art. 387, do Código de Processo Penal, fala em fixação do valor mínimo, ou seja, a liquidação do valor mínimo da reparação civil ex delicto, sem qualquer prejuízo para que o ofendido busque através da ampla liquidação no juízo civil a complementação desta indenização, o que fica claro com o texto do § único do art. 63 do CPP.

O termo valor mínimo não pode ser entendido como uma simples tarifação quantitativa ou uma limitação à competência do juízo criminal, mas sim como uma limitação probatória que impõe a sumariedade da prova, exigindo que esta esteja preconcebida antes da denúncia ou queixa. Essa é a interpretação possível de ser extraída da norma, a partir dos fins e do próprio procedimento do processo penal.

A EXIGÊNCIA DE SUMARIEDADE DOCUMENTAL OU PERICIAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL PARA A DEMONSTRAÇÃO DOS DANOS SOFRIDOS PELO OFENDIDO - JOÃO PAULO BERNSTEIN - Juiz de Direito – Titular da 2ª Vara Judicial

http://www.tjrs.jus.br/institu/c_estudos/doutrina/Reparacao_civil_ex_delicto.pdf -

2. Na denúncia acrescer, de forma sucinta os fundamentos da representação, e formular pedido.

3. Assegurar o contraditório sobre a indenização mínima.

4. Decisão fundamentada sobre a indenização mínima nos limites da representação, ressaltando o direito à liquidação cível em processo de conhecimento amplo com vista à indenização dos danos emergentes que dependam de prova ampla, lucros cessantes e dano moral.

Deveras, a primeira solução poderia consumir o dinheiro do petróleo do pre-sal ou o da compara dos caças franceses, e faltará vontade política (ou respeito pelo povo) para implementá-la.

A segunda solução é de menor custo financeiro e depende da vontade individual de respeito ao cidadão.

Bem, no final o resultado será o mesmo, mas a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal estarão melhor contemplados, e o Ministério Público poderá mostrar, sob a luz do holofote constitucional, que antes de fazer cumprir a lei verifica se a lei pode ser cumprida ou se é possível adequar o cumprimento até que lei melhor venha a existir.

Assim nos Princípios como nas Instituições, Chiovenda historia a unidade jurisdicional, vigente no Direito antigo, quanto aos efeitos penais e civis de um ato ilícito.

Explica que a perseguição em juízo dos efeitos decorrentes do delito se fazia unicamente perante o magistrado penal, a quem cabia apreciar nem só a pretensão

punitiva como a de ressarcimento do dano, pois ao ofendido cumpria pedir lnum só libelo a pena e a reparação' Esse modo de compreender o problema gerado pela infração assentava no raciocínio, ainda válido, de o delito, sendo um fato uno, lesar simultaneamente normas e interesses diversos, informado, ademais, pela preocupação de regulamentar o exercício da jurisdição e evitar recíprocas usurpações no desempenho, por juízos distintos, do direito de julgar.

Citado em Ação civil "ex-delicto": Legitimidade ativa do Ministério Público - WELLINGTON CABRAL SARAIVA (') Procurador da República – DF
http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22819/acao_civil_ex_delicto.pdf?sequence=1
acessado em 150909 1254

4 DO NOVO TIPO DE ESTUPRO NO CÓDIGO PENAL

"No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se, em vez dela, qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade" (Kant, 1991: 77)

4.1 Introdução

O propósito deste estudo é verificar a concentração dos anteriores tipos penais de estupro e atentado violento ao pudor em um único artigo.

De modo simples para que os sujeitos materiais do crime também possam compreender, o desenvolvimento será feito a partir da realidade dos fatos e valores nos tempos e espaços nos quais a percepção social atraiu a percepção jurídica e costumes ganharam envoltório jurídico.

É de conhecimento raso que o Direito pode ser representado por um círculo inscrito no círculo da Moral, porém, não pode ser um círculo desenhado sobre o círculo Moral, sob pena de o Direito ser um simples “recorte” na moral, com perda da sua autonomia cultural como objeto que tem seus próprios atributos.

O mestre Miguel Reale, em sua notável formulação “Teoria Tridimensional do Direito” apresenta a norma como sendo o produto da integração entre fatos e valores bipolares e necessariamente implicados.

A formulação de Reale é a representação jurídica de um fenômeno fundamental da natureza das coisas, uma espécie de regra geral que pode ser encontrada na física, na química, na botânica, enfim, em todos os fenômenos estudados pelas ciências.

Em razão de o Direito não poder ser construído a partir de fenômenos não demonstráveis, a regra geral, no campo do Direito, explica que tudo o que ocorre no limite esférico do planeta Terra está a essa regra geral submetido, como por exemplo e de modo específico os costumes.

Costume é o resultado da integração entre fatos e valores bipolares necessariamente implicados, e a operação de integração é realizada pela percepção social.

É possível construir um modelo “primário” no qual a Moral é representada por um círculo de madeira, e o Direito por um círculo de vidro.

Quando o círculo de vidro é colocado sobre o círculo de madeira a percepção pode incidir para enxergar a madeira que está sob o vidro ou enxergar a madeira que está a descoberto.

O que, no modelo, separa a Moral do Direito é uma entidade geométrica formada por pontos geométricos referentes, simultaneamente, ao vidro (Direito) e à madeira (Moral), permitindo afirmar que a cada ponto da madeira (moral) corresponde um ponto do vidro (Direito).

A forma circular é exemplificativa, pois a madeira e o vidro poderão ter qualquer forma contínua ou interrompida (ameba, malha etc.), mas a legitimidade da atribuição (polaridade e implicação necessária) ocorrerá se e somente se “abaixo” de cada ponto do vidro existir um ponto de madeira.

Outro modo de “perceber” a formulação de Reale é em alguma fotografia feita sob luz definida que produza sombra, melhor ainda de um cenário natural como a fotografia de um obelisco numa praça.

Como a sombra do obelisco estará sempre definida pela posição do Sol e intensidade da luz incidente, o obelisco pode ser tratado como sendo o fato da realidade, o sol como o valor (caracterizado por mudanças de posição) e a sombra como a integração entre o Sol e o o obelisco.

A fotografia pereniza o momento em que a percepção incidiu sobre o cenário.

As fotografias de recordação existem para perenizar os momentos que não se repetirão.

As fotografias “normativas” existem para possibilitar, no futuro, a verificação de que uma situação do passado se repetiu.

A norma existe para que as situações nela contempladas se repitam como normatizadas até que alguma mudança na sua gênese (fatos e valores) exija que a norma seja alterada para que as coisas novas permaneçam como estão.

O “permanecer como estão”, como pretensão de eficácia, depende como interpretei a partir da formulação de Miguel Reale, não só de que no futuro a posição e a luminosidade do Sol, e o obelisco sejam idênticos, mas também de que a superfície (ou plano) sobre o qual a sombra está projetada (o piso da praça) seja também o mesmo.

A eficácia da norma é pretendida em relação à sociedade, ou plano social (o piso da praça), no momento da fotografia, e este plano social pode sofrer alterações que tendem a deformar a semelhança entre o “cenário novo” e a “fotografia velha”.

A geometria do piso da praça (plano social) pode se alterar a ponto de tornar a

sombra bastante diferente do objeto projetado quando da verificação de semelhança entre a foto e o cenário real.

O texto não comporta aprofundamento, mas a implicação entre Sol, obelisco, sombra e plano social, variante como proposto, estará passando pelo crivo de um verificador (intérprete, julgado) que lhe dará validade enquanto puder adequar (jurisprudência da concretização da norma), negará validade (plano social) e construirá norma substitutiva (legislador), como aparenta ser o caso e estudo.

Majada Planeles [1] citado por mim em JUSCIBERNÉTICA, PRÁTICA E PROBLEMÁTICA afirmou:

"O direito deve seguir o fato assim como a sombra segue o corpo, se não se quer criar o divórcio entre a lei e a vida."

(<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/3795/3366> – acessado 27.09.09 07:20)

Afirmou e com razão – cito-o com frequência – para evitar a construção do “mundo jurídico” onde as coisas pudessem ocorrer independentemente da realidade fática.

4.2 A fotografia velha

Costume é um objeto do plano da moral que possui autonomia, ou seja, pode existir independentemente de correspondência com alguma norma ou até mesmo contra a norma.

Importante, então, tentar recuperar o acervo de conhecimentos e as constantes de deformação da percepção que a sociedade e o legislador possuíam há 60 anos passados.

Não é difícil recuperar – poupo o leitor fazendo o resumo, de memória – que o padrão do comportamento sexual da época era a “conjunção carnal” definida pela genitália externa e pelos fins de satisfação da libido e reprodução.

O papel da mulher era tal na sociedade que dela era cobrado o “débito conjugal”, o que carregava a “liberdade sexual” com um “grano salis”, observação que faço para caracterizar o “pensamento da época”.

O que não fosse “conjunção carnal com mulher” era “aberração”, e como tal foi tratado como atentado violento ao pudor, conquanto presente no “mundo oculto”.

E assim foi configurado:

TÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES		
CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL		
NOMEM JURIS	ESTUPRO - Art. 213	ATENDADO VIOLENTO AO PUDOR - Art. 214
VERBO ATIVO	Constranger	Constranger
SUJEITO PASSIVO	mulher	alguém
MODO	mediante violência ou grave ameaça	mediante violência ou grave ameaça
EVENTO FINALÍSTICO	à conjunção carnal	
VERBO PASSIVO		a praticar ou permitir que com ele se pratique
EVENTO FINALÍSTICO		ato libidinoso
EQUIVALÊNCIA DOS		diverso da conjunção carnal

TABELA 1: REDAÇÃO REVOGADA

Não escapa do observador atento que os tipos protegiam as pessoas contra se submetem “compulsoriamente” à satisfação da libido de outrem, dispensado especial proteção à mulher (conjunção carnal) e proteção geral (atentado violento ao pudor).

O vidro normativo cobria a parte da madeira que representava a realidade moral vigente, ou costumes, e assim se queria que continuasse a acontecer.

Ocorre que a autocatálise social foi produzindo alterações “resistidas”, mas que foram adquirindo visibilidade social, em linguagem rasa: os armários foram sendo abertos e seus ocupantes ganhando trânsito na sociedade, criando suas associações, autodenominando-se, fazendo passeatas e, mais do que tudo, reivindicando o reconhecimento de sua existência como realidade fática.

A revelação dessa pluralidade de expressões concernentes à satisfação da libido desconstituiu os “costumes” e fortaleceu o sentimento do “quero ou não quero fazer” como expressão da liberdade.

E neste ponto acertou o legislador ao renovar o título para **DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**.

E diz a Constituição sobre dignidade:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III - a dignidade da pessoa humana;

...

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

...

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.3 Do bem jurídico protegido e da motivação do autor

O bem jurídico protegido é a dignidade sexual, que é um objeto pertencente ao gênero, ou conjunto, denominado dignidade no campo moral e dignidade da pessoa humana no campo jurídico.

A motivação do autor, ou o móvel, ou motor da incursão no tipo é, em tese a satisfação da libido, cuja prática é reconhecida pelas “condutas tipo da libido”, no plano da realidade.

Assim, para o sujeito passivo, são tais “condutas típicas da libido” que produzem a violação da dignidade sexual, e tal independe de que o sujeito ativo esteja realmente com a libido ativa ou esteja simulando, e assim o será para aquele estranho ao fato que fizer sua percepção incidir, assinalando o limite extremado da incursão no tipo por um assexuado sem libido.

De fato, uma co-ordenação moral e jurídica aos tempos atuais poderia ser feita por uma operação de adição dos tipos revogados do 213 e 214, sob o "nomem juris" de estupro (do latim strupum, violação)

Diante do manejo dos tipos autônomos do 213 e 214 a reação natural seria afirmar que se como parcelas as condutas eram independentes como soma continuam independentes.

A interpretação, porém, seria rasa porque contemplaria apenas a economia de letras, devendo ser observado, para dar acerto à alteração, que a conjunção carnal era um costume e o atentado violento ao pudor outro costume, embora ambos costumes do mesmo gênero, justificando que se praticasse um costume ou outro.

A eleição do novo bem jurídico DIGNIDADE SEXUAL, adequado aos tempos atuais de direitos fundamentais da pessoa humana não permite classificar as expressões sexuais tendo como pontos da escala o “normal” e o “aberrante”, admitindo, no máximo, para efeito de estudos, que seja traçada a curva estatística dos eventos.

TÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES			
CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL			
NOMEM JURIS	ESTUPRO Art. 213	ATENDADO VIOLENTO AO PUDOR Art. 214	SOMA
VERBO ATIVO	Constranger	Constranger	Constranger
SUJEITO PASSIVO	mulher	alguém	mulher + alguém
MODO	mediante violência ou grave ameaça	mediante violência ou grave ameaça	mediante violência ou grave ameaça
EVENTO FINALÍSTICO	à conjunção carnal		à conjunção carnal
OPERADOR DE CO- ORDENAÇÃO			OU

VERBO PASSIVO		a praticar ou permitir que com ele se pratique	a praticar ou permitir que com ele se pratique
EVENTO FINALÍSTICO		ato libidinoso	ato libidinoso
EQUIVALÊNCIA DOS EVENTOS FINALÍSTICOS		diverso da conjunção carnal	diverso da conjunção carnal

TABELA 2 : SOMA DOS TIPOS REVOGADOS

Desta sorte, ao tempo desta escrita, a interpretação tenderia para confirmar que que ao sujeito passivo está conferida a proteção da dignidade sexual e ao sujeito ativo presumida a satisfação da sua expressão sexual (ou libido) mediante violação (stuprum) da liberdade sexual de outrem.

O mais acertado na adição dos tipos seria reescrever, considerando:

mulher é espécie do gênero alguém, logo mulher + alguém = alguém;

1. atentado violento ao pudor é outro ato libidinoso em relação à conjunção carnal, logo conjunção carnal + atentado violento ao pudor = ato libidinoso.

A adição dos tipos resultaria:

Estupro

213/214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso.

Por certo ainda de menor compreensão o que é “ato libidinoso”

Sem maiores variações nas ciências ato libidinoso é o ato que tem por fim

satisfazer a libido.

Sem analisar, ainda, antecedentes (constrangimento [1]) ou consequentes (lesão corporal ou morte) do ato libidinoso, é possível dizer que a satisfação da libido tem início com atos “prazerosos” e fim com o esgotamento da “prazerosidade”, o que retira do orgasmo o caráter de encerramento da satisfação, vez que a totalidade desta pode ocorrer somente com a prática de atos prazerosos pós orgasmo (declínio da libido até esgotamento).

[1] Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, é núcleo comum de vários tipos:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa:

Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

Art. 198 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola:

Art. 199 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso

A não exigência da satisfação da libido como condição de consumação é aspecto do crime visto do lado do sujeito passivo, vez que o início da satisfação da lascívia consoma a lesão ao bem jurídico.

As cadeias causais fáticas e jurídicas só produzem a adequação típica quando se desenvolvem em paralelo mantendo a relação de implicação ponto a ponto na intersecção da perpendicular, em outras palavras, o jurídico não se adianta nem se atrasa em relação ao fático, sendo possível afirmar, com segurança:

a violação tem início no mesmo momento fático em que inicia a satisfação da libido (momento de ocorrência da lesão ao bem jurídico);

a duração do curso e a diversidade de práticas são simples aspectos da materialidade, vez que não existem objetos materiais especificados no tipo passíveis de sofrer lesão autônoma;

a curso da violação cessa no mesmo momento fático em que cessa a satisfação da libido (exaurimento da motivação);

entre o início e o cessar o sujeito passivo está em “estado de violação” e o sujeito ativo em “estado de satisfação”, e isto invalida que o sujeito ativo esteja praticando crimes diversos no intervalo entre o início e o cessar da violação, ou que o sujeito passivo tenha diversos bens jurídicos sexuais violados.

A realidade está escancarada na televisão e na internet, mostrada em aspectos que mais influenciam a adoção de medidas preventivas e protetivas aos praticantes de “novidades” do que alimentam a repressão, numa demonstração patente de que a “neo-sexualidade” [2] avançou o suficiente para sair do campo da aberração ou do desvio.

[2] Maria Cristina Martins, Psicóloga Clínica e Especialista em Sexualidade Humana – Unicamp – Campinas – SP – BRASIL
<http://pensamentosubmisso.wordpress.com/2009/01/28/praticas-sexuais-ditas-desviantes-perversao-ou-direito-a-diferenca/> - acessado 27.09.09 10:16

O crime ou a pluralidade de crimes não pode ser decidido pela experiência ou preferência dos atores judiciais, daí a necessidade de critérios universalizantes, como está sendo proposto o de “duração da violação libidinosa”, independente da diversidade de partes materiais ou físicas envolvidas no intervalo entre o início e o fim da prazerosidade.

É preciso deixar claro que não se está constituindo um “direito do agressor” ao seu modo de satisfação, mas apenas delimitando que o caráter ilícito do fato só pode residir no núcleo do tipo, visto que as práticas sexuais no curso de um estupro seriam legitimadas no âmbito da liberdade sexual apenas pelo consentimento do submetido capaz para tal.

Desta sorte, preliminares de coito oral com mediação de coito vaginal e terminação por coito anal constituem uma única violação da dignidade sexual, sem chance de eleição de partes materiais como juridicamente violáveis de forma autônoma nem, por força do finalismo, servindo para graduar a “intensidade do dolo”.

A duração do curso e a pluralidade de práticas revelam a intensidade da conduta, que é avaliável do ponto de vista da medida da culpabilidade para a fixação da pena, na ponderação das conjunturas pessoais de autor (configuração do injusto) e vítima (integridade sexual e pundonor [1]) dada a complexidade psíquica envolvida na espécie.

pundonor

1. m. Amor propio, sentimiento que lleva a una persona a quedar bien ante los demás

y ante sí mismo.

Diccionario de la lengua española © 2005 Espasa-Calpe:

<http://www.wordreference.com/definicion/pundonor> - acessado 290909 0601

Ter que a variação de práticas durante a satisfação da libido possa constituir cada uma delas em um crime, corresponderia a admitir que num crime de lesão corporal praticada sucessivamente com uma porretada, uma facada e um tiro, tivessem ocorrido três crimes em concurso material, e tal comparação é posta do ponto de vista da integridade, como sempre propôs o legislador ao distinguir as vítimas dos crimes sexuais possuidoras de integridade sexual (maiores, detentores de liberdade sexual e discernimento sobre o exercício) e as que não possuem integridade sexual (menores ou doentes) chamadas pela nova lei de vulneráveis (situação de estar mais susceptível de ter os direitos violados).

A construção do novo “tipo único” está definida pelo bem jurídico DIGNIDADE SEXUAL razão pela qual, não comporta a interpretação que por mais de dois quartéis de século foi aceita em razão de COSTUMES e seus tipos autônomos.

Desnecessária a referência atual à conjunção carnal, mas aceita a referência em razão de a consciência social de especialização da defesa em razão de raça, credor e outras distinções estar em moda, caso em que as mulheres, com a supressão da “conjunção carnal”, poderiam entender ter sido excluída ou minimizada a proteção do gênero.

Como é visto na comparação:

TÍTULO VI - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I - DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

NOMEM JURIS	ESTUPRO - Art. 213	Art. 213 + Art. 214
VERBO ATIVO	Constranger	Constranger
SUJEITO PASSIVO ELIMINADA A DISTINÇÃO DE GÊNERO SEM AFETAR QUE MULHER SEMPRE FOI ESPÉCIE DO GÊNERO ALGUÉM	alguém	mulher + alguém
MODO	mediante violência ou grave ameaça	mediante violência ou grave ameaça
EVENTO FINALÍSTICO	a ter conjunção carnal	à conjunção carnal
VERBO PASSIVO	ou a praticar ou permitir que com ele se pratique	a praticar ou permitir que com ele se pratique
EVENTO FINALÍSTICO	ato libidinoso	ato libidinoso
EQUIVALÊNCIA DOS EVENTOS FINALÍSTICOS MANTIDA A REFERÊNCIA DE QUE A CONJUNÇÃO CARNAL É UMA ESPÉCIE DE ATO LIBIDINOSO.	outro	diverso da conjunção carnal

TABELA 3: COMPARAÇÃO DO TIPO NOVO COM OS TIPOS SOMADOS

4.4 Da interpretação do texto legislado

Não parece existir entre os doutrinadores nenhuma dúvida de que o texto legislado não atende à boa técnica e é confuso (excesso de “ou”), razão pela qual está sendo alvo das mais diversas interpretações.

A construção do tipo penal é um ato de poder e, como tal, sujeito a duas linhas reitoras: ordem jurídica e regime democrático.

O novo tipo é pertinente à ordem jurídica mas o seu alcance está limitado pelo regime democrático, que nada mais é do que o poder exercido com a menor gravosidade para o sujeitoado.

A exemplo, uma coisa é juridicamente definida como móvel não pela possibilidade de ser movida, mas por sua natureza constitutiva, ressalvado os navios e aeronaves que, considerados coisas móveis sob regime jurídico especial recebem tratamento de coisas imóveis, conforme previsão legal.

Dúvidas também não existem sobre ser o regime jurídico das coisas imóveis de maior gravosidade que o das coisas móveis, e isto fixa o exemplo de que a pretensão de gravosidade deve estar expressa na lei.

No caso em estudo bastaria o legislador criar um parágrafo de imposição de gravosidade (aumentativo de pena) para a hipótese de ocorrência de práticas sexuais diversas sob o mesmo constrangimento.

O Direito Penal é, queiram ou não algumas correntes, um direito de eficácia mínima, e assim o será enquanto for mantido afastado da “lei de talião”, conforme preceitua o art. 59 do Código Penal ao prescrever que a pena deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção, qual seja, a pena aplicada será sempre a menor

possível sob pena de arbitrária por falta de fundamentos.

Sabidas e ressabidas a vedação da analogia “in malam partem” e as limitações da analogia “in bonam partem”, restando que a verificação da gravosidade inerente ao tipo penal (compreensão e extensão) seja feita a partir dos princípios gerais regentes, devendo o intérprete aceitar que a eficácia pretendida obedeça a razão de legitimidade e não aos efeitos “desejados” não declarados no texto legal.

Enfim, o Direito Penal é um ramo refratário a atos de poder constitutivo pois o tipo representa o esgotamento de tal poder.

Do ponto de vista da lógica o novo tipo do art. 213 comporta dois extremos de interpretação: a de menor gravosidade (que adotamos) e a de maior gravosidade (que repudiamos).

Não colocamos esbarro na interpretação mais gravosa, apenas não incluímos nela o Ministério Público à vista de seu mandato constitucional (art. 127, CF) de defesa do regime democrático e por coerência: o princípio da menor gravosidade é um princípio pertinente à dignidade da pessoa humana tanto quanto o bem jurídico sob estudo é pertinente a essa dignidade.

A eficácia pretendida pelo Direito Penal não pode contemplar nenhum garu de indignificação sem ataque ao especificado fundamento da República, cumprindo, então, ao Ministério Público cumprir em primeiro lugar o seu mandato constitucional de defesa do regime democrático e nos limites encontrados exercer sua função acusadora.

4.5 CONCLUSÃO

Diversidade de atos libidinosos debaixo da mesma violência ou da mesma ameaça (mesmo constrangimento) (Figura 1 ao final):



1. não configura concurso de crimes se todos os atos são pertinentes ao curso de duração da satisfação da lascívia;



2. configurada o concurso formal de crimes se, concluído o curso de uma satisfação da lascívia outro curso é iniciado.

Atos libidinosos iguais ou diversos debaixo, cada um, de seu próprio cenário de constrangimento configuram concurso material de crimes.

COPYLEFT SÃO LIVRES:



- 1) a reprodução exclusivamente para fins não comerciais, desde que o autor e a fonte sejam citados e seja incluída a nota COPYLEFT;
- 2) a modificação, acréscimo ou supressão desde que o texto original sejam mantido como referência.

COPYRIGHT O autor autorizará, na forma da lei, a reprodução comercial mas notifica os interessados que a publicação COPYLEFT não será descontinuada.



PARA REPRODUÇÃO COMERCIAL ENTRAR EM CONTATO COM

SERRANO NEVES (pmsneves@gmail.com)

COLEÇÃO

TEMIS DESVENDADA



EDITORA LIBER LIBER (EDITORA LIVRO LIVRE)

é marca de fantasia adotada por Serrano Neves para difundir textos como função social da propriedade intelectual.