

JOÃO HENRIQUE FERREIRA



**INDÍCIOS, PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO
PENAL: aspectos principais**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MESTRADO EM DIREITO PENAL
SÃO PAULO – 2006**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOÃO HENRIQUE FERREIRA



**INDÍCIOS, PRESUNÇÕES E FICÇÕES NO DIREITO
PENAL: aspectos principais**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal sob a orientação do Professor Doutor Dirceu de Mello.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
MESTRADO EM DIREITO PENAL
SÃO PAULO – 2006**

BANCA EXAMINADORA

São Paulo, _____ de _____ de 2006.

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação por processo de fotocópias ou eletrônicos.

Assinatura: _____ Local e Data: _____

Aos meus familiares, especialmente minha esposa Roberta, pela compreensão e apoio, e aos meus filhos, Marcela e Arthur, pela ausência temporária.

À minha genitora, Iracema, pelo amor e sacrifício incondicional em benefícios dos filhos.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Dirceu de Mello, orientador amigo e de grande tolerância, pelos ensinamentos e incentivo ao desenvolvimento do tema.

Aos amigos da difícil jornada, pelo companheirismo e solidariedade na superação dos obstáculos.

RESUMO

FERREIRA, João Henrique. *Indícios, Presunções e Ficções no Direito Penal: aspectos principais*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

Matérias polêmicas quanto à conceituação, natureza e funções, os indícios, as presunções e as ficções cumprem importante papel na seara jurídica, especialmente no contexto probatório, no âmbito do Direito Processual Penal, tidos que são, os dois primeiros, como meios de prova. São consideradas provas indiretas porque não apontam o fato desconhecido diretamente, mas sim por meio do raciocínio silogístico. De fato, ambos estão inseridos no silogismo jurídico, composto pela premissa menor, o fato indiciante, e a premissa maior, a máxima da experiência, que permite ao intérprete, por meio de seu raciocínio, deduzir a conclusão, no caso *thema probandum*, que normalmente se refere à ocorrência do crime, a forma de execução e a respectiva autoria. Não obstante, o emprego desses instrumentos é exaustivo igualmente no campo penal, visando à demonstração não só das elementares e circunstâncias dos tipos penais, como também de qualquer tema pertinente ao Direito Penal, notadamente para definir normativamente institutos que dependem da determinação do discernimento e capacidade de resistência dos sujeitos do crime, do conhecimento a respeito da periculosidade do agente, da necessidade de proteção antecipada de determinados bens jurídicos em função do perigo existente, e até para estabelecer o elemento anímico da conduta. Pode o legislador disciplinar essas matérias fixando-se, desde logo, por meio de presunção, qual é a interpretação que se deve seguir, ou pode permitir ao julgador que a obtenha por meio de análise pessoal, resultando daí, respectivamente, as presunções legais ou *hominis*. Estas permitem o confronto probatório. Aquelas, de outro lado, se absolutas, não admitem prova em contrário; se relativas, invertem o ônus da prova. Diversamente das presunções, as ficções são destinadas a atender exigências valorativas do Direito com base no interesse jurídico em estabelecer determinadas verdades artificiais que servem a equiparação de situações que não tem correlação com a realidade. Equiparam-se situações distintas, a fim de possibilitar a criação de benefícios ou mesmo para permitir a imputação de determinados crimes. Tanto presunções como ficções facilitam a atividade probatória e limitam o espaço de atuação do intérprete.

ABSTRACT

FERREIRA, João Henrique. *Evidences, Presumptions and Fictions in Criminal Law: main aspects*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

Evidences, presumptions and fictions are polemical matters regarding their concepts, nature and functions as they perform an important role in the legal field, especially within the probative context at Penal Procedural Law extent, as the first two are considered legal measures of proof. They are considered indirect proofs because they do not indicate the unknown fact directly. Actually, both are inserted in legal syllogism that is formed by the minor premise, which is the fact of the circumstantial evidence, and the major premise, which is the highest experience that allows the interpreter, by his ratiocination, to deduce the conclusion in “thema probandum”, which normally refers to the occurrence of crime, form of execution and respective authorship. Despite of this, the application of these tools is equally exhaustive in the criminal field, aiming to demonstrate not only the constituent elements and circumstances of statutory offence, as well as any theme related to Penal Law, notably to normatively define institutes that depend on the determination of discernment and resistance capacity of crime subjects, the knowledge regarding the risk of the agent, the need of anticipated protection of determined fundamental rights due to existing danger and even to establish the psychic element of the behavior. The legislator may discipline these matters by immediately fixing which is the interpretation that must be followed or he may allow the judge to obtain it by personal analysis therefore resulting legal or “hominis” presumptions, respectively. These ones allow probative check-over. Those ones, otherwise, if absolute, do not admit adverse evidence; if relative, they invert the burden of proof. Diverse from presumptions, fictions are destined to attend axiological Law requirements which are based on legal interest to establish ascertained artificial truths that serve to the equalization of situations that have no correlation to reality. Distinctive situations are equalized, in order to enable the creation of benefits or even to allow the imputation of determined crimes, including against legal entities. Presumptions, as much as fictions, facilitate the probative activity and limit the space of the interpreter’s performance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
cf.	Conforme
Coord.	Coordenador
cit.	Citação
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
Crim.	Criminal
DL	Decreto Lei
DOU	Diário Oficial da União
ed.	edição
HC	<i>Habeus corpus</i>
i.e.	por exemplo
j.	julgado em
m.v.	maioria de votos
n.	número
op.	Obra
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
§	parágrafo
p.ex.	por exemplo
rel.	relator
ss.	seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
trad.	Tradução
v.	volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	CONSIDERAÇÕES INICIAS	16
3	INDÍCIOS	21
3.1	Etimologia.....	21
3.2	Conceituação doutrinária.....	22
3.3	Definição legal e sua interpretação	24
3.3.1	<i>Indícios e circunstâncias</i>	25
3.3.2	<i>Indução, dedução ou inferência analógica</i>	30
3.3.3	<i>O silogismo indiciário</i>	33
3.4	Indícios legais e interpretação analógica.....	36
3.5	Fato indicativo e indicado	37
3.6	Classificações dos indícios.....	38
3.6.1	<i>Quanto à cronologia</i>	39
3.6.2	<i>Quanto à extensão</i>	40
3.6.3	<i>Quanto à força probatória</i>	40
3.6.4	<i>Quanto à origem</i>	41
3.6.5	<i>Quanto ao favorecimento das partes</i>	42
3.7	Fontes dos indícios.....	45
3.7.1	<i>Fonte formal</i>	45
3.7.2	<i>Fonte material</i>	47
4	PRESUNÇÕES	50
4.1	Etimologia.....	50
4.2	Distinção entre presunção e indício.....	52
4.3	Prova <i>prima facie</i>	58
4.4	Classificações das presunções	60
4.4.1	<i>Presunção legal</i>	61
4.4.1.1	<i>Presunção legal absoluta</i>	68
4.4.1.2	<i>Presunção legal relativa</i>	73
4.4.1.3	<i>Crítérios de distinção entre presunção legal absoluta e relativa</i>	75
4.4.1.4	<i>Presunções legais e presunção de inocência</i>	78
4.4.2	<i>Presunção judicial</i>	83
4.5	Máxima da experiência.....	85

5	FICÇÕES	91
5.1	Classificações das ficções.....	93
5.1.1	<i>Ficção construtiva ou histórica</i>	93
5.1.2	<i>Ficção teórica ou dogmática</i>	95
5.2	Característica das ficções	96
5.3	Distinções entre ficções e presunções	100
6	FUNÇÕES, VALORAÇÃO, NATUREZA E TERMINOLOGIA DOS INDÍCIOS, PRESUNÇÕES E FICÇÕES	108
6.1	Funções.....	108
6.2	A problemática da valoração	113
6.2.1	<i>Indícios</i>	117
6.2.2	<i>Presunções e ficções</i>	120
6.3	Natureza jurídica	123
6.3.1	<i>Indícios</i>	123
6.3.2	<i>Presunções</i>	127
6.3.3	<i>Ficção</i>	133
6.4	Terminologia legal e disposições correlatas ou normas supletivas	134
7	FATO, CERTEZA E VERDADE	139
8	ESCORÇO HISTÓRICO	146
8.1	Indícios	146
8.2	Presunções	150
8.3	Evolução legislativa no Brasil	154
9	A PRESUNÇÃO NA DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA	172
9.1	Conceitos de responsabilidade	172
9.2	O elemento volitivo	174
9.3	O conteúdo psíquico do <i>homo medius</i>	176
9.4	O <i>thema probandum</i> da presunção	179
9.5	A presunção de dolo.....	180
9.6	A presunção de culpa.....	183
9.7	A presunção de culpabilidade	187
9.7.1	<i>Presunção de imputabilidade</i>	188
9.7.2	<i>Presunção de conhecimento sobre a ilicitude do fato</i>	190
9.7.3	<i>Presunção de exigibilidade de conduta diversa</i>	195
10	IDADE PENAL E AS PRESUNÇÕES DECORRENTES	198
10.1	A inimputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos	199
10.1.1	<i>Evolução histórica</i>	202
10.1.2	<i>Legislação comparada</i>	213

10.1.3	<i>Critérios para aferição da imputabilidade</i>	214
10.2	A atenuação da pena em função da idade do sujeito ativo	215
10.3	A imposição de pena e agravação em função da idade do sujeito passivo	218
10.3.1	<i>Circunstância agravante do artigo 61, II, “h”</i>	219
10.3.2	<i>A idade como elementar do tipo penal</i>	223
10.3.3	<i>Causas de aumento e qualificadoras do crime</i>	225
11	PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE: histórico e conceito	228
11.1	Evolução legislativa	231
11.2	A reforma de 1984 e a presunção de periculosidade	239
11.3	Fixação da pena, regime prisional e substituição por restritivas de direitos.....	244
11.4	Reincidência.....	252
11.5	Execução da pena: <i>sursis</i> e livramento condicional	258
11.6	A periculosidade nas medidas de segurança	264
11.7	Crimes hediondos.....	271
11.8	A presunção de periculosidade no código de processo penal.....	273
12	O BEM JURÍDICO E A PRESUNÇÃO NOS CRIMES DE PERIGO ...	277
12.1	Bem jurídico-penal.....	277
12.1.1	<i>Teorias sociológicas e constitucionais</i>	280
12.1.2	<i>Funções do bem jurídico</i>	285
12.2	Conceito de perigo	287
12.3	O conceito de crime de perigo.....	289
12.4	O elemento subjetivo no crime de perigo	295
12.5	Classificações dos crimes de perigo	297
12.5.1	<i>Crime de perigo concreto</i>	297
12.5.2	<i>Crime de perigo abstrato</i>	299
12.5.3	<i>Crime de perigo comum</i>	304
12.5.4	<i>Crime de perigo individual</i>	305
12.6	A presunção de perigo e sua conformação constitucional	305
12.7	A criminalidade difusa e os crimes de perigo	312
13	PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	319
13.1	Breve histórico.....	319
13.2	Direito comparado	323
13.3	Hipóteses de presunção de violência.....	327
13.3.1	<i>Presunção de violência em decorrência da idade</i>	329
13.3.1.1	<i>Presunção absoluta</i>	336

13.3.1.2	<i>Presunção relativa</i>	339
13.3.2	<i>Presunções da violência em razão de alienação ou debilidade mental</i>	348
13.3.3	<i>Presunção de violência por incapacidade de resistência</i>	349
13.4	A (in) constitucionalidade da presunção legal de violência	349
13.5	Aplicação da lei dos crimes hediondos aos casos de violência presumida.....	354
14	A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	358
14.1	Natureza jurídica do ente coletivo	358
14.1.1	<i>Teoria da ficção</i>	359
14.1.2	<i>Teoria da realidade</i>	360
14.1.2.1	<i>Teoria da realidade técnica ou jurídica</i>	361
14.2	A pessoa jurídica e o crime	362
14.2.1	<i>A Constituição Federal de 1988</i>	365
14.2.2	<i>Argumentos contrários e favoráveis à criminalização do ente moral...</i>	366
14.2.2.1	<i>O termo “atividade” no § 3º do artigo 225, da Constituição Federal</i>	367
14.2.2.2	<i>(In)compatibilidades do texto constitucional</i>	369
14.2.3	<i>Conduta: inexistência de abolição do componente subjetivo</i>	372
14.2.4	<i>Culpabilidade: a reprovabilidade coletiva e a imputabilidade como elemento prevacente</i>	379
14.2.5	<i>Personalidade das penas</i>	384
14.2.6	<i>Inaplicabilidade da pena privativa de liberdade</i>	386
14.2.7	<i>A incapacidade de arrependimento</i>	386
14.2.8	<i>(Im)possibilidade às pessoas jurídicas de direito público</i>	387
14.3	A lei 9.605, de 12.02.98.....	392
14.4	Os requisitos da responsabilização	393
14.4.1	<i>A fonte material da decisão</i>	394
14.4.2	<i>O favorecimento da pessoa jurídica</i>	395
14.4.3	<i>O sistema da dupla imputação</i>	396
15	CONCLUSÕES	399
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	403

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é analisar como são empregados no Direito Penal os indícios, as presunções e as ficções, apontando suas previsões normativas em diversos institutos, notadamente na verificação de temas afetos à responsabilidade subjetiva, à idade penal, à periculosidade do agente, aos crimes de perigo, à violência nos crimes sexuais, e, por fim, à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Pretende-se com isso incentivar a receptibilidade desses instrumentos, especialmente das presunções, pela demonstração da aparição exaustiva no âmbito do Direito Penal e demais ramos do ordenamento jurídico, fixando-se suas vantagens e desvantagens. Porém, demonstrando-se a legitimidade de seu emprego e sua imprescindibilidade em temas variados, como recurso disponível ao legislador e ao intérprete, além de sua recepção tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com análise de posicionamento em relação aos principais temas que serão enfocados.

O ponto de partida, portanto, é o exame detalhado dessas expressões, demonstrando o seu surgimento histórico, o seu desenvolvimento no plano interno e externo, o significado, suas espécies e, finalmente, o emprego no âmbito do Direito Penal, de maneira expressa ou tácita, apontando os dispositivos correlatos.

Dada a importância e vinculação com determinados assuntos na órbita penal, examinar-se-á em seguida alguns deles, a começar pela responsabilidade penal subjetiva, que decorre do princípio básico do *nullum crimen sine culpa*.

Analisar-se-á a tarefa do intérprete relativa à conduta do agente, no plano interno, procurando-se descobrir na sua origem o exato significado da vontade exteriorizada, uma vez que esta se forma no plano anímico do agente, no seu psiquismo. Verificar-se-á, para tanto, o papel da presunção como procedimento mental empregado pelo intérprete visando atingir tal desiderato. Examinar-se-ão, assim, o dolo, a culpa e a culpabilidade, adotando-se o critério do *homo medius*, e empregando o procedimento presuntivo. Utilizar-se-á como base o raciocínio deste para desvendar o conteúdo do elemento subjetivo da conduta, destacando que a conclusão extraída não despreza a existência do necessário vínculo psíquico entre o agente e o resultado, até porque em temas como dolo eventual, culpa e culpabilidade trata-se de uma exigência o emprego do raciocínio presuntivo.

Em seguida, tratar-se-á da idade penal, sua definição por presunção e a base de sustentação. O estudo versará, portando, a respeito da incidência da presunção e sua justificativa ligada à menor capacidade de resistência e discernimento, tanto do agente quanto da vítima, como motivos determinantes para a caracterização de determinados crimes, bem como relacionados às causas de aumento e diminuição de pena, e, principalmente, à presunção de inexistência de capacidade e discernimento para entender o caráter criminoso da conduta.

Prosseguindo, far-se-á a análise a respeito da periculosidade do agente, buscando-se suas raízes e fundamentos iniciais, bem como a justificação atual para a sua consideração. A periculosidade merecerá atenção porque se trata de outra forma de presunção repudiada pela reforma penal de 1984. Com o exame de seu histórico na legislação brasileira e os fundamentos que a justificam, bem como a comprovação de seu emprego rotineiro, ainda que disfarçado, buscar-se-á demonstrar que o julgador dela não pode prescindir em várias espécies de decisões, como fixação da pena e regime prisional, concessão de sursis e livramento condicional, dentre outros.

Partindo-se depois para a análise da presunção na formação dos tipos penais incriminadores, o estudo dos delitos de perigo é indispensável, uma vez que são fundamentados justamente na presunção de lesão a determinados bens jurídicos. Aspectos importantes nesse debate são a análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em face aos princípios constitucionais da responsabilidade subjetiva e lesividade; a problemática da comprovação da exposição à dano nos crimes de perigo concreto; e a demonstração de sua indispensabilidade, principalmente, como meio de proteção a bens jurídicos em face da relevância, gravidade da conduta, irreparabilidade e lesividade difusa.

Já na seara dos crimes sexuais, tema que não poderia escapar à análise, está a presunção de violência e, por esse motivo, investigar-se-ão detalhadamente cada uma de suas hipóteses, as justificativas dos dispositivos, o entendimento atual sobre a natureza da presunção e a suposta inconstitucionalidade

do dispositivo por infringência aos princípios penais da responsabilidade subjetiva e lesividade.

No tocante aos crimes ambientais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica surge como tema cuja investigação é igualmente indispensável, mas agora com base no emprego da ficção jurídica no âmbito penal. Explanar-se-á sobre a natureza jurídica do ente coletivo, encaminhando-se o estudo, em seguida, para os fundamentos da responsabilização penal, refutando-se todos os argumentos contrários, encerrando-se com a verificação das hipóteses de incidência.

Por fim, far-se-á a exposição das conclusões a respeito de cada tema, como críticas e sugestões envolvendo a delimitação de emprego das presunções e ficções e de seus efeitos, determinação de natureza da presunção e sua vinculação judicial, assim como eventual ofensa a princípios básicos do direito penal.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Indícios, presunções e ficções. Não são poucas as controvérsias que envolvem tais expressões e que estão afetas ao mesmo objetivo, qual seja, a busca da certeza sobre uma determinada verdade ou o estabelecimento de uma verdade formal ou artificial necessária ao equilíbrio do ordenamento. Tais temas interessam tanto ao direito material quanto processual, seja pelo estudo dos meios destinados a provar a ocorrência do fato, de suas circunstâncias e autoria, como ocorre neste último ramo, ou então como componentes de sua própria estrutura, integrantes de sua essência, como ocorre naquele.

As divergências aludidas não se restringem unicamente à idoneidade e suficiência a respeito de seu papel no cenário jurídico, vale dizer, das funções a que são destinadas, mas também a seu próprio significado, suas bases de aplicação e sentido. Em função disso, emergem as discussões relativas as suas identidades, semelhanças e desigualdades, assim como a crítica atinente a seu emprego, sob a justificativa da geração de insegurança jurídica por não transmitir certeza sobre as conclusões extraídas a partir de suas bases, no caso das presunções e indícios¹, ou por criar uma realidade artificial, como acontece com as ficções.

¹ O artigo 67, do Código Penal de 1890 e da Consolidação das Leis Penais, que vigorou até 1º de janeiro de 1942, rezava: “Nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar à imposição de pena”.

O Código Penal de 1940, antes da reforma de 1984, admitia a presunção de periculosidade, no capítulo reservado às medidas de segurança em geral, no seu artigo 78. Atualmente não existe mais tal disposição no CP, não obstante ainda possam ser encontradas variadas previsões expressas ou implícitas, como a presunção de violência, a presunção de inimputabilidade do menor de 18 anos, a presunção de conhecimento da lei, dentre tantas.

Tais expressões estão relacionadas especialmente ao tema probatório, e, assim, natural sua afinidade com o direito processual, como meios colocados à disposição do intérprete para comprovação ou não do fato principal objeto da lide. Não obstante, significativa também é sua aparição no âmbito substancial do direito, objetivando estabelecer o fato em si, dando consistência e significado a seus elementos objetivos e subjetivos.

Seja no âmbito do direito material quanto processual, porém, as expressões têm exatamente o mesmo significado, variando unicamente na sua destinação e localização. No direito penal sua aparição é interna e está plantada, expressa ou implicitamente, no tipo penal para gerar uma elementar ou circunstância, objetiva ou subjetiva – parte integrante da norma. Tem-se por finalidade, portanto, fornecer subsídios ao intérprete para completá-la em busca de sua expressão, de sua essência, dando-lhe vida de variadas formas, como, por exemplo, gerar a presunção da violência nos crimes sexuais ou a presunção de imputabilidade aos maiores de 18 anos; a ficção jurídica do crime continuado ou de funcionário público por extensão; o indício de antijuridicidade em decorrência da prática do fato típico, ou indícios de merecimento para a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. De outro lado, no direito processual sua aparição é externa, destinada ao fornecimento de subsídios ao julgador para comprovação dos aspectos externos e internos da norma, objetivos e subjetivos, todos relacionados ao tipo, como, a demonstração do fato concreto, sua autoria, modos e meios de execução e intenção do agente.

Não obstante, essa diversidade de aparição tem íntima relação com as expressões de ambos os ramos do direito, uma vez que se destacam como meios indiretos colocados ao intérprete para possibilitar que se atinja o objetivo desejado, ou seja, o conhecimento do fato ou a integração da norma. Vale dizer, funcionam como instrumentos destinados à busca dessa verdade e certeza.

Em grande parte dos casos, a prova direta, também chamada de “natural”², como a confissão, a testemunha presencial, dentre outras, não se fazem presentes, ou então não é possível ao legislador criar a norma com toda especificidade necessária em face das variações que o fato concreto pode adotar. Ficam, desta forma, o intérprete e o criador, nesses momentos, inevitavelmente presos à necessidade de investigação por meio de sua experiência e baseados em fatos e circunstâncias que permitem chegar à mesma conclusão que atingiriam se amparados nas provas diretas ou elementos descritos taxativos. Para tanto, deverá se valer de tantas outras “testemunhas mudas”, como afirma Mittermaier³:

² Consoante opinião comum dos autores, lembra Cristiano José de Andrade (Dos indícios no processo penal. *Justitia*, São Paulo, ano 33, v. 72, p. 88, jan./mar. 1971) “os meios de provas podem ser formados por provas históricas ou provas críticas, e por provas pessoais ou provas reais. Na prova histórica, que é direta, um fato é revelador de outro, tal como acontece com o conteúdo do depoimento de uma testemunha, com uma confissão, com o conteúdo de um documento, com uma perícia, etc. Ao contrário, a prova crítica não tem função reveladora, mas somente indicativa, porquanto a representação do fato a ser provado é feita através de um processo lógico-constutivo. Daí ser ela indireta; é o que sucede, por exemplo com os indícios, que são provas de caráter lógico. Assim, para se chegar ao fato a provar o juiz elabora com o raciocínio um processo lógico-constutivo. É por isso que os indícios se confundem com as chamadas presunções *hominis*”.

Mittermaier esclarece que a prova natural, também chamada de imediata, produz diretamente a convicção, transmite imediatamente ao espírito os motivos de certeza concernentes ao objeto, cuja realidade se tem de demonstrar (*Tratado da prova em matéria penal*. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 411).

Mirabete assevera que na prova direta o fato é revelado sem a necessidade de qualquer processo lógico construtivo, pois a prova é a demonstração do fato ou circunstância (*Processo penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 343).

Arruda Alvim adverte, contudo, que rigorosamente direta seria apenas a inspeção judicial, uma vez que as demais, seja testemunhal, documental ou mesmo pericial, sempre exigira a intermediação entre o meio de prova e o fato (*Manual de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 542).

³ Op. cit., p. 411.

[...] que a providência parece ter colocado em torno do crime para fazer brotar a luz da sombra, em que o agente se esforça por sepultar o fato principal; são como um fanal que aclara o espírito do juiz e o dirige para vestígios certos que basta seguir para atingir a verdade.

Essas provas chamadas, ao contrário, de indiretas ou artificiais⁴, permitem que, a partir de fatos conhecidos, se concluam outros pretendidos demonstrar; delas não podendo jamais prescindir o julgador, uma vez que, como adverte Mittermaier⁵:

[...] é um erro supor que a inspeção do juiz, a confissão, o testemunho, que todos os processos, que a opinião qualifica de prova natural, assentam na experiência direta e pessoal, e convencem mais poderosamente, porque o nosso espírito decide-se então só pela fé de nossos sentidos [...] a convicção em todos os casos assenta em presunções. Damos fé à confissão, porque não pudemos pensar que um inocente se declare culpado; [...] Quando tem deposto duas testemunhas, fazemos cabedal de seu depoimento, porque a ambos consideramos verídicas, ou melhor, porque presumimos que elas puderam ver, que quisera dizer o que viram, e porque, enfim, as suas declarações estão de acordo com os fatos já assentados.

Importante, portanto, examinar a essência de cada uma das expressões, a fim de que se possa compreender e respeitar, na sua aplicabilidade, o seu exato sentido e limite – especialmente porque, como se disse, quaisquer delas encontram, na prática jurídica, grande resistência à legitimação de sua própria função.

Os indícios e as presunções figuram como elementos indispensáveis à formação da convicção, embora o preconceito quanto ao seu valor esteja presente por existir, em seu processo de elaboração, a necessidade de se extrair a certeza sobre o conhecimento que se busca por meio de raciocínio lógico, a partir de um

⁴ Mirabete ensina que pela prova indireta a representação do fato se faz através da construção lógica, que revela o fato ou circunstância (Op. cit., p. 343).

⁵ Op. cit., p. 411.

outro dado que tem ligação com o fato probando. Já as ficções, como criações jurídicas sem consistência natural, estabelecem bases que representam conhecimentos e verdades artificiais, e também por isso não gozam de simpatia.

As celeumas que circulam em derredor dessas expressões normalmente estão relacionadas à qualidade de sua função e à própria equiparação de conceitos.

Com efeito, num primeiro instante, ao almejar o entendimento de seu significado, é discutido se presunções e indícios ou presunções e ficções são a mesma coisa ou se cumprem o mesmo papel, ou ainda se há entre eles algum grau de diferença no tocante à função a que se destinam. Depois, discute-se até que ponto se pode aceitar tanto as presunções quanto os indícios como suficientes para ensejar a formação da convicção, ou seja, a certeza a respeito de algum fato ou objeto, e a ficção como verdade sem base. Essas, portanto, são as controvérsias que se apresentam e que se pretende dirimir pelo exame dos seus significados.

3 INDÍCIOS

3.1 Etimologia

O vocábulo indício tem vários significados, mesmo no vernáculo, inclusive sobre sua fonte. Afirma-se que vem do latim *indiciu*⁶ ou *indicare*, que significa indicar, sinalizar, apontar, mostrar com o dedo ou por meio de um sinal qualquer, demonstrar, revelar. Mas também se diz, entretanto, que deriva de *indicium*⁷, do verbo “indico” ou “induco”, que é composto da preposição “in” e do verbo “duco, ducere”, que tem o sentido de conduzir a, levar a. Para Mittermaier⁸, tem origem em *index*, que expressa o dedo indicador, o objeto ou fato que se indica.

Os significados, porém, não divergem na essencialidade, emprestando-lhe o sentido de revelação de uma certa coisa, objeto ou fato, sem que substancialmente o integre e sem que se constitua verdadeiramente a sua prova ou evidência completa, figurando apenas como algo que pode ser utilizado para descobrir o todo.

Ressalta Roque de Brito Alves⁹ que sob o aspecto etimológico, talvez até fosse preferível, para esclarecer melhor o seu real caráter, que fosse

⁶ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário brasileiro globo*. 43.ed. São Paulo: Globo, 1996.

⁷ ALVES, Roque de Brito. *Dos indícios no processo penal*. Recife: Ipanema, 1964.

⁸ Op. cit., p. 421.

⁹ Op. cit., p. 13.

denominado de “fato indicador” em vez de indício, como já ensinava Carrara¹⁰ dizendo que seu significado natural exprimia qualquer fato assinalador, indicador de outro.

3.2 Conceituação doutrinária

O sentido etimológico da expressão acabou sendo a base, igualmente, da sua compreensão doutrinária e técnico-jurídica, segundo uma definição mais usual e simples, qual seja, como fato conhecido e comprovado que, por sua relação de conexão com o fato desconhecido, irá servir para apontá-lo.

De fato, Malatesta¹¹ assevera que "indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade".

No ensinamento de Mittermaier¹²:

[...] indício é um fato em relação tão precisa com um outro fato que de um o juiz chega a outro, por uma conclusão toda natural. É, pois, preciso que haja na causa dois fatos, um verificado, outro não estabelecido, e que se trata de demonstrar, raciocinando do conhecido para o desconhecido. Aplicado ao processo criminal, o indício é o fato, circunstância acessória que se prende ao principal, e, por isto, faz concluir ou que o crime foi praticado ou que um indivíduo determinado, tomou parte dele, ou que teve lugar por esta ou aquela forma. Em uma palavra, os indícios têm relação ou com o fato, ou com o agente, ou com o modo do fato.

¹⁰ *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN, 2002, v. 2, p. 441.

¹¹ *A lógica das provas em matéria penal*. Tradução de Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995, p. 02.

¹² Op. cit., p. 421.

Não diferem Frederico Marques¹³, ao expor que “deriva da demonstração de um fato que não compõe o *thema probandum*, mas que abre caminho para se chegar a este”, e Tornaghi¹⁴, que diz que “é o fato provado que por sua ligação com o fato probando autoriza a concluir algo sobre este”.

Noronha¹⁵ acresce que no crime é "a circunstância que a ele se liga, e que, por essa conexão, concorre para chegar-se à conclusão de que foi cometido, que a pessoa é o autor, que ocorreu desse modo, etc.". Refere-se, pois, ao fato, à autoria e às circunstâncias do crime.

Já Carrara¹⁶ exalta o seu sentido natural, que exprime qualquer fato válido para indicar um outro, sendo sua etimologia análoga à de indução, com a ressalva de que, em lugar de se referir à idéia, diz respeito à proposição material, substituindo ao *inde duco o inde dico*. No direito penal, concluiu, denominam-se:

[...] indícios aquelas circunstâncias que, embora não constituam em si o delito, e sejam materialmente diversas da ação criminosa, sem embargo a revelam, por uma certa relação que pode existir entre tais circunstâncias e o fato criminoso que se investiga.

Assim também o pensamento de Galdino Siqueira¹⁷, para quem, o indício:

¹³ *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2, p. 344.

¹⁴ *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 76.

¹⁵ *Curso de direito processual penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 173.

¹⁶ Op. cit., p. 441.

¹⁷ *Direito penal brasileiro*. Brasília: Senado Federal, n. 4, 2003, v. 1 (Coleção História do Direito Brasileiro), p. 711.

[...] em matéria penal é o facto, circunstância acessória que se liga ao crime, e por onde conclue, quer que o crime foi consumado, quer que um determinado indivíduo nelle tomou parte, quer que há crime e que foi consumado de tal ou tal maneira. Assim, os indícios versam ou sobre o facto, ou sobre o agente ou sobre o modo do facto.

Os indícios, porém, não se resumem a dados indicativos do delito, do seu modo de execução e autoria, que nesses casos mais propriamente têm natureza processual, como meio de prova, mas especialmente compõem a própria norma penal, seja intrinsecamente, como, por exemplo, quando indica a antijuridicidade do fato típico, ou extrinsecamente, ao servir como dados indicativos subjetivos para substituição de pena¹⁸ e concessão do Sursis¹⁹.

3.3 Definição legal e sua interpretação

O atual Código de Processo Penal define indício em seu artigo 239, como a “circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Nota-se que a definição proposta e aprovada pelo legislador contém algumas imprecisões, alvos de comentários da doutrina, especificamente em relação à equiparação de circunstâncias do fato com o próprio fato em si ou com indícios

¹⁸ “Artigo 44 do Código Penal: As penas restritivas de direitos são autônoma e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] III – A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

¹⁹ “Art. 77, CP. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: [...] II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias autorizem a concessão do benefício”.

deste, assim como por se referir no texto ao procedimento lógico indutivo em vez de dedutivo.

3.3.1 *Indícios e circunstâncias*

Etimologicamente o vocábulo circunstância advém do latim *circum* (ao redor, em torno de, em volta de) e de *stare* – estar – traduzindo, portanto, aquilo que está em torno, ao redor do fato.

Fácil verificar, assim, que circunstância não se confunde com o próprio fato, pois está fora dele, tratando-se de algo que o acompanha ou pode acompanhar, que o individualiza.

São, no ensinamento de Roque de Brito Alves²⁰:

[...] acessórios (sobretudo de tempo, de lugar, e de modo da ação) que se aplicam ou se colocam em volta do fato, existindo em função deste, não se confundindo com o mesmo, não sendo o fato principal – ou fatos – indispensável à existência da infração penal.

Figuram, então, no dizer do mestre, objetivamente, como especiais modalidades do fato criminoso, indicações de tempo, lugar e modo de execução da ação, instrumentos usados, etc., ou, subjetivamente, concernente à personalidade do agente, indicando a sua responsabilidade penal, afetas ao direito material:

²⁰ Op. cit., p. 33.

[...] porquanto, no campo técnico-jurídico, ligam-se particularmente ao delito – como o são as circunstâncias agravantes, atenuantes, as causas especiais de aumento e diminuição de pena etc. – influenciando, por consequência, no exame da gravidade do fato, para os efeitos da punibilidade²¹.

Procurando extremar o entendimento de circunstâncias com indícios, tomados estes como qualquer sinal ou vestígio que se relacionam com o fato principal, apontando-o de forma indireta, leciona Borges da Rosa²² que:

[...] em geral, os indícios emanam das coisas materiais percebíveis pelos sentidos, dos objetos, sinais, vestígios e semelhantes; - ao passo que as circunstâncias emanam dos atos, ou fatos, ou eventos e se colhem das declarações pessoais dos acusados, dos ofendidos e das testemunhas.

Nesse sentido Pierangeli²³ afirma que, em essência, a distinção entre indícios e circunstâncias se dá porque, enquanto estas se encontram ao redor do fato, gravitando em sua volta, particularizando-o, os indícios integram o próprio fato.

Roque de Brito²⁴ também os diferencia asseverando que indícios estão baseados ou só existem em função da prova do fato principal que lhe vai servir de apoio para suas deduções ou conclusões, enquanto a prova circunstancial está baseada apenas sobre o acessório ou fato acessório, o qual, por sua vez, está unido ou relacionado com o fato principal.

²¹ PIERANGELI, José Henrique. Da prova indiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 610, p. 297, ago. 1986.

²² *Processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1942, v. III, p. 117 apud ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 33.

²³ Op. cit., p. 299.

²⁴ Op. cit., p. 33.

Essas distinções, em verdade, demonstram que existem pontos convergentes entre indícios e circunstâncias e outros que o isolam. Daí a dificuldade em se estabelecer uma diferenciação exata, tanto que na doutrina não são poucos²⁵, como acabou ocorrendo com a própria definição de indícios, que equiparam os conceitos, fazendo menção aos indícios como circunstâncias.

Efetivamente as condições de tempo, lugar e modo de execução são mais propriamente dados circunstanciais do crime, colhidos por meio de constatação posterior ou informações de terceiros e que, em princípio, cumprem a função não de demonstrar o fato principal, mas apenas das próprias condições em que ele ocorreu. Não fica afastada a possibilidade de funcionar, todavia, como verdadeiro indício, ou seja, *factum probans* em busca do desvendamento do *thema probandum*, especialmente quando em congruência com outros indícios. Assim, o *modus operandi* que, em princípio, se trata de uma circunstância do fato, é referente ao meio ou recurso empregado na prática do crime, i.e., a utilização de explosivo pode ser também um indício, se somado ao conhecimento, de que o agente era especialista ou trabalhava com tais produtos.

²⁵ Fazem referências constantes à circunstância numa identificação com indícios, conforme aponta Roque de Brito Alves (Op. cit., p. 34), Pereira e Souza, Pimenta Bueno, Galdino Siqueira, Borges da Rosa e Câmara Leal. Também os equiparam Antonio Milton de Barros, Vicente Greco Filho, Paulo Lúcio Nogueira, Pedro Henrique Demercian, Jorge Assaf Maluly, Camargo Aranha, Mirabete, Pedro Heber de Moraes. Na doutrina estrangeira Manzini, Dellepiane, Carrara, Gorphe, dentre outros. Na lição de Moacyr Amaral Santos, “toda coisa, todo fato suscetível de conduzir por inferência, ao conhecimento do fato desconhecido, é um indício deste. *Indício e circunstância*, que ambas as palavras valem como sinônimas. Poder-se-ia, adotando vocabulário excessivamente técnico, chamar indício à coisa e circunstância ao fato na qual ou no qual se funda o raciocínio para chegar ao fato desconhecido. Mas tanto faz usar uma ou outra palavra” (*Prova judiciária no cível e comercial*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5, p. 412).

Nesse caso poder-se-ia, portanto, compreender a circunstância também como indício, até porque ambos não integram o fato principal, aparecendo na esfera circundante, e só relevantes se colocados em relação a ele.

É possível entender, por outro lado, que ditas circunstâncias, em especial isoladas, cumprem exclusivamente o papel de oferecer esclarecimentos sobre os dados externos ao fato principal, não sendo, portanto, indicativos do próprio fato.

Mas pondera Tourinho Filho²⁶, atinente à insurgência doutrinária contra a pretensa sinonímia estabelecida entre indício e circunstância, que a origem da palavra, de *circum* e *stare*, significa aquilo que está em torno de alguma coisa, e é nesse sentido que foi empregada pelo legislador.

De fato, essa noção ampla de circunstância, como sinônima de todo e qualquer fato que se relaciona com outro, alberga certamente o conceito de indícios, mesmo para aqueles que estabelecem diferenciação entre as expressões.

A definição processualista, nesse sentido, serve também ao âmbito penal, até pela imprecisão da legislação, que descreve como circunstância muitas vezes os próprios indícios do fato principal, e principalmente porque no direito material indícios não são meios de prova, mas dados integrativos da norma penal, figurando tanto como elementares do tipo, incriminador ou não, como circunstâncias

²⁶ *Processo penal*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 350.

deles. Neste caso, apresenta o sentido de qualquer dado ou fato que na lei é dito como circunstância para se chegar ao *thema probandum*, que significa o conhecimento desejado sobre assunto de interesse penal. Por exemplo, a periculosidade do agente, o merecimento para concessão de benefícios, causas que agravam ou atenuam a pena, enfim, todos os conhecimentos necessários à demonstração das circunstâncias ou de elementares das normas penais.

Em resumo, o indício, referenciado como circunstância, pode determinar a base indicativa de uma outra circunstância ou de uma elementar do tipo.

No crime de receptação, são indícios da culpa e figuram como elementares do tipo, a natureza da coisa, a desproporção entre o valor e o preço e a própria pessoa que oferece a coisa de origem ilícita (art. 180, § 3º. do Código Penal).

No mesmo sentido, há circunstância qualificadora do crime de injúria quando a natureza ou meio empregado na violência ou vias de fato a tornam aviltante. Neste caso, expressamente o legislador consignou como indícios de injúria aviltante, a natureza ou meio empregado na violência ou vias de fato.

No primeiro exemplo, portanto, têm-se indícios integrando a norma como elementares e destinados a demonstrar o elemento subjetivo do crime ou da conduta, enquanto que, no segundo, figuram como indicações de circunstâncias objetivas qualificadoras do crime, vale dizer, são indícios de elementares e indícios de circunstâncias. O *thema probandum*, assim, aparece tanto como elementar,

circunstância do crime, e é alcançado por meio dos indícios previstos expressamente na norma penal.

O *thema probandum* no direito penal, portanto, pode ser variado, diversamente do processual, e visa basicamente comprovar a ocorrência do crime, modo de execução e sua autoria.

3.3.2 *Indução, dedução ou inferência analógica*

A crítica, como se expôs, também se estende em relação à identidade com indução, conforme expresso na norma, valendo lembrar aqui a afirmação de Antonio Dellepiane²⁷, segundo a qual:

[...] quando se trata de prova indiciária, existe uma completa anarquia de opiniões entre os autores, pois enquanto, para uns, se trata de um processo indutivo, trata-se, para outros, de processo dedutivo, ou de um raciocínio por analogia.

Indução²⁸ é o método característico das leis naturais: pela observação, pela experimentação, pela verificação, partindo-se de um fato particular que se repete, chega-se a uma lei geral.

²⁷ *Nova teoria da prova*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, p. 15 apud ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 49.

²⁸ Humberto Piragibe Magalhães aponta a distinção das três espécies de induções: 1) Indução socrática ou transcendente: consiste em se elevar do contingente ao necessário (ex: eu sou imperfeito; logo, concebo a idéia de um ser perfeito). Chama-se transcendente porque sobe (ascende) acima do mundo sensível e experimental; 2) Indução aristotélica: conclui do todo observado sucessivamente das diversas partes (ex: a lógica é útil, a moral é útil, a metafísica é útil, etc.; logo, toda a filosofia é útil). Para muitos “não constitui um raciocínio propriamente dito, mas simples adição; apenas é indutivo na forma, visto que realmente passa de um a outro, por ser a soma das partes iguais ao todo”; 3) Indução baconiana: descobre e conclui uma causa ou

Tornaghi²⁹ afirma que na indução³⁰ passa-se do particular para o geral, chegando-se sempre a uma lei de caráter geral, diversamente do que ocorre com o indício, que, em verdade, é uma dedução lógica:

[...] um verdadeiro silogismo em que a conclusão (o fato probando) resulta da comparação entre a premissa menor (fato indiciário) e a premissa maior (um princípio de razão, conhecido a priori, ou uma lei da experiência, induzida de fatos anteriores).

Tourinho Filho³¹ reforça afirmando que se trata, em verdade, de dedução, pois se procura o desconhecido possivelmente contido na circunstância conhecida, enquanto que na indução se supõe a constância das leis da natureza física ou das leis de natureza moral como a base para se chegar ao desconhecido.

Com propriedade, lembra Raphael Cirigliano³² que “na dedução, não há, propriamente, descoberta, pois a verdade geral já é sabida ou conhecida, e sim, a demonstração dela”.

uma lei universal com base em muitos fenômenos observados (seu nome não é devido a Bacon a ter inventado, já que é um processo natural ao espírito humano, mas sim ao fato de que foi aquele filósofo quem melhor a analisou). É o processo que generaliza a relação de causalidade entre dois fenômenos e da relação causal conclui a lei. Baseia-se no princípio segundo o qual os fatos da natureza física e moral são governados por leis estáveis, harmônicas e universais. Ex: verificou-se uma relação causal entre o calor e a dilatação, logo, o calor dilata os corpos (*Prova em processo civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 37).

Camargo Aranha, por sua vez, diz que a indução aristotélica também é chamada de formal e equivale ao inverso da dedução; é submetida unicamente às leis do pensamento e tem como ponto de partida todos os casos de uma espécie ou de um gênero, e não apenas alguns. De outro lado, a indução científica, de Bacon, trata-se do processo que generaliza a relação de causalidade descoberta entre dois fenômenos e da relação causal. Esta indução é a alma das ciências experimentais. Sem ela as ciências não seriam outra coisa senão um repositório de observações sem alcance (*Da prova no processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165).
Op. cit., p. 452.

²⁹ Dellepiane lembra que se os indícios decorressem do emprego da indução no raciocínio lógico, então ele “seria, sempre, certo, seguro como o é, logicamente, toda indução. Logo, a conclusão advinda da prova indiciária seria segura, irretorquível, sinônimo, também, da certeza necessária para a convicção”. (Op. cit., p. 15 apud ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 51).

³¹ Op. Cit., p. 350.

³² *Prova civil*. Legislação, doutrina, jurisprudência. Adaptação de Mauro Fichtner Pereira. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 364.

Dellepiane³³ inova aduzindo que em verdade não se trata nem de indução e nem de dedução, e sim de inferência analógica. Sua argumentação sustenta-se no fato de que a premissa maior do silogismo está baseada numa lei empírica, invariavelmente sem comprovação científica, produto do senso comum e com caráter contingente, cuja generalização se produz a partir da experiência. Então, afirma,

[...] isso não possibilita uma efetiva dedução e sim o que se denomina raciocínio por analogia ou inferência analógica, como na exemplificação referente ao ocultamento ou fuga de quem comete um delito: é uma verdade quase sempre constante que faz inferir uma generalização: que foge ou se oculta é um delinqüente e tal generalização servirá de premissa para se fixar que um certo indivíduo é autor de um crime. Igualmente, quando se diz 'olha o exemplo de fulano se você persiste em beber', temos o raciocínio implícito que os ébrios geralmente arruinam-se, o que é uma inferência indutiva e, sem segundo lugar, 'você bebe, logo você chegará à ruína', que é uma inferência analógica.

Assim, arremata, estando a incerteza inerente à lei empírica e contingente, como premissa da inferência analógica, irá refletir-se em sua conclusão, que será apenas algo incerto, duvidoso, quando muito somente provável, num grau maior ou menor conforme as circunstâncias particulares de cada caso concreto. Apenas excepcionalmente, portanto, na hipótese de a lei ser rigorosamente científica, exata, é que tal inferência será caracterizada e deduzida.

Já Paolo Tonini³⁴ considera que para se chegar ao *thema probandum* a partir dos indícios passa-se por ambos os raciocínios, tanto indutivo quanto dedutivo.

³³ Op. cit., p. 15 apud ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 50.

³⁴ *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

O juiz aplica o raciocínio de tipo indutivo, diz, quando examina casos similares e formula uma regra de experiência, ou seja, a partir de casos particulares extrai a existência de uma regra geral. Sucessivamente, o juiz emprega o raciocínio dedutivo aplicando ao caso em exame a regra geral obtida anteriormente.

Mas Mirabete³⁵ lembra que como o sentido de indício é indicar e induzir significa inferir, deduzir, então nesse sentido pode-se aceitar a expressão utilizada pela lei, embora não seja ela a mais adequada no sentido técnico-filosófico.

3.3.3 O silogismo indiciário

O fato indicativo (*factum probans*) isoladamente não possuiu significado além de sua própria existência, todavia, pode assumir a função de apontar outro, desconhecido (*thema probandum*), se com ele estiver vinculado por um nexos objetivo ou subjetivo, e associado a uma regra da experiência. Estes dados somados permitem, por silogístico³⁶, a demonstração do fato desconhecido.

³⁵ Op. cit., p. 343.

³⁶ Silogismo significa, segundo Edmundo Nascimento, “ligação, consiste num argumento dedutivo, pelo qual, de um antecedente (duas proposições) que liga dois termos a um terceiro, tira-se um conseqüente (uma proposição) que liga aqueles dois termos entre si” [*Lógica aplicada à advocacia (técnica de persuasão)*]. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 113]. A conceituação dada por Aristóteles, segundo o autor, é a seguinte: “Silogismo é uma série de palavras (discurso) em que, sendo admitidas certas coisas, delas resultará, necessariamente, alguma outra (coisa) pela simples razão de se terem admitido aquelas (certas coisas)”.

São três, portanto, os elementos imprescindíveis do raciocínio³⁷, quais sejam, o fato indicativo, a regra da experiência e o fato desconhecido³⁸.

Espínola Filho³⁹ exemplifica dizendo que na técnica do silogismo que o processo indiciário desenvolve,

[...] a premissa menor é um fato, ou circunstância, conhecido, provado, certo, que torna de forma positiva (o estranho foi visto saindo da casa onde ocorreu o furto, altas horas da madrugada, sobraçando uma trouxa), ou negativa (o motorista almoçava em Caxambu, meia hora antes da em que, em Cambuquira, se registrou o atropelamento atribuído ao seu automóvel), o caráter de fato ou circunstância indiciante. Ajustada a essa premissa (menor), concreta e certa, outra premissa (a maior), que é simplesmente abstrata e problemática, baseando-se nos dados da experiência ou do bom senso comuns (quem sai clandestinamente, pela madrugada, de uma casa alheia, levando uma trouxa, cometeu um furto; quem se achava em Caxambu, para efetuar um atropelamento, com automóvel, em Cambuquira, precisa, pelo menos, de uma hora para transportar-se de um a outro lugar), é induzida a conclusão lógica: o estranho, visto a sair, com trouxa, da casa alheia, é o autor do furto aí ocorrido, na mesma madrugada; o motorista, que almoçava em Caxambu, não foi o autor do atropelamento registrado, meia hora depois, em Cambuquira.

Comumente, o silogismo que se faz para chegar ao fato desconhecido é realizado com dados existentes na experiência do próprio intérprete. No entanto, em inúmeras situações essa experiência, comum, é descrita na norma e

³⁷ “Raciocínio é a operação da inteligência pela qual de dois juízos conhecidos concluiu-se por um juízo que decorre logicamente dos dois primeiros. Raciocínio é passar do conhecido para o desconhecido. O argumento é a expressão verbal (sinal) do raciocínio”. (Ibid., p. 106).

Não se pode conceber o raciocínio jurídico, afirmam Eduardo Bittar e Guilherme Assis, partindo de premissas absolutas e incontestáveis, pois “os juízos jurídicos são invariavelmente juízos de valor, e essa imbricação do Direito com a cultura e com a moral acaba por realizar o comprometimento de suas estruturas lógicas. Os procedimentos decisórios e o raciocínio jurídico não obedecem, de forma alguma, a esquematismos pré-concebidos ou a qualquer tipo de predeterminação de seus conteúdos. Enfim, sobretudo quando se pensa na aplicação do Direito, deve-se afirmar que se está a utilizar o lógos do razoável” (*Curso de filosofia do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 492).

³⁸ No silogismo a duas primeiras proposições, que formam o antecedente, chamam-se: premissa maior, a que contém o termo maior; a premissa menor, a que contém o termo menor; a terceira proposição chama-se conclusão.

³⁹ *Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, v. III, p. 236.

passa, então, a corresponder à premissa maior do raciocínio. Exemplo é o artigo 37 da Lei 6.368/76, *in verbis*:

Art. 37. Para efeitos de caracterização dos crimes definidos nesta Lei, a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Observa-se, então, dos conceitos citados, que não há variações importantes a respeito. Podendo-se concluir, genericamente, que indício significa o fato conhecido a partir do qual se concluiu a existência do fato probando, por meio de raciocínio lógico⁴⁰, ou, como salienta Cristiano José de Andrade⁴¹:

[...] a prova indiciária tem um caráter lógico crítico, porquanto a representação do fato a provar se faz de um modo indireto, ao revés do que sucede com a prova histórico-representativa, e tem como ponto de partida um fato conhecido e provado.

⁴⁰ Para um raciocínio ser lógico, explica Dayse Martins (*Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialética do Direito*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2118>>. Acesso em: 05 fev. 2006), é necessário atender a três princípios: princípio da identidade, princípio do terceiro excluído e o princípio da não contradição. O princípio da identidade é a veracidade das idéias, ou seja, aquilo é, o que é: uma cadeira é uma cadeira, um livro é um livro, a vida é a vida. Baseado neste princípio não posso afirmar que um óvulo fecundado é um futuro ser humano, assim, um óvulo fecundado é um óvulo fecundado e um ser humano é um ser humano. O princípio da não contradição afirma que nenhum pensamento pode ser, ao mesmo tempo, verdadeiro e falso. A idéia não pode ser e não ser. Não posso raciocinar a vida como bela e como não bela. O princípio do terceiro excluído é a não contradição das idéias. Uma idéia ou é verdadeira ou é falsa, não existindo uma terceira possibilidade. Não posso afirmar que a vida é longa, mas pode ser curta, ou a vida é longa ou a vida é curta. Além disso, o raciocínio silogístico deve observar os seguintes princípios: 1) Referentes à compreensão: duas coisas iguais a uma mesma terceira são iguais entre si; Duas coisas das quais uma é igual a uma terceira e a outra não é igual a essa terceira não são iguais entre si; 2) Referentes à extensão: Tudo que se afirma do todo afirma-se de todas as partes desse todo; Tudo que se nega do todo nega-se de todas as partes desse todo.

⁴¹ Op. cit., p. 90.

3.4 Indícios legais e interpretação analógica

Os indícios não se confundem com as fórmulas legais que estabelecem a interpretação analógica. Os primeiros correspondem ao fato conhecido e provado (*factum probans*) que indica o fato desconhecido (*thema probandum*). A norma penal, assim, nos indícios legais, traz expressamente quais são os indícios, ou aponta aqueles principais, destinados à demonstração do que se pretende conhecer, como a consignação da culpabilidade, antecedentes, conduta social, dentre outras, caracterizados dados indicativos da quantidade e natureza da pena a ser aplicada ou a adequação da substituição da pena privativa por restritiva de direitos (artigos 59 e 44, III) do Código Penal. Nesse aspecto é que parece existir semelhança com a interpretação analógica, em que a norma igualmente prevê uma ou mais hipóteses concretas para o que quer estabelecer, e depois, outra de natureza aberta, permitindo ao intérprete encontrar situações semelhantes àquelas e que estarão da mesma forma ao abrigo da lei. É o que ocorre, i.e., com as qualificadoras do homicídio que dizem respeito ao recurso empregado pelo agente que dificulta ou impossibilita a defesa do ofendido (fórmula aberta) fazendo previsão expressa da traição, emboscada e dissimulação como situações concretas desta circunstância.

Embora possa existir semelhança de forma, em nada se confundem quanto à destinação. De fato, os indícios são colocados como base para se chegar ao conhecimento pretendido pela norma, correspondendo ao *factum probans*, enquanto na interpretação analógica o legislador já fixa quais são os fatos que se

pretendem demonstrar, constituindo-se, portanto, o próprio *thema probandum*. No exemplo citado, a traição, a emboscada e a dissimulação são as situações preestabelecidas e, portanto, já conhecidas, que, se demonstradas, se caracterizarão como qualificadoras do homicídio.

3.5 Fato indicativo e indicado

O fato indicativo (*factum probans*) pode ser qualquer dado inserido na norma penal, explícita ou implicitamente, objetivo ou subjetivo, antecedente, concomitante ou subsequente, que, conhecido e provado, aponte o fato indicado, no caso, como regra uma elementar ou circunstância. Assim, no dizer de Roque Brito⁴², “é representado por um vestígio, sinal ou rastro que torne susceptível tal via de conhecimento”.

Já o fato indicado (*factum probandum*) trata-se de um tema também inserido na norma penal, explícito ou implicitamente, de ordem objetiva ou subjetiva. De ordinário, figura como um fato pretérito caracterizador, então, de uma elementar ou circunstâncias, mas pode igualmente, com a mesma pretensão, aparecer indicando o bem jurídico tutelado, como ocorre nos crimes de perigo, ou também na condição de dados de ordem subjetiva. Demonstrativos da vontade do agente, ou ainda, dentre tantas hipóteses, do conhecimento sobre o comportamento futuro do

⁴² Op. cit., p. 34.

agente, por exemplo, no caso da norma que prevê, para a concessão do benefício do livramento condicional (art. 83, parágrafo único) a presunção de que não voltará a delinquir. Em suma, o legislador cria a disposição jurídica sobre temas diversos, os quais, no procedimento presuntivo, correspondem àquilo que se pretende demonstrar, inseridos na norma penal como elementares ou circunstâncias, representativos, como regra, do bem jurídico tutelado, da intenção do agente, do seu merecimento para concessão de benefícios, do seu discernimento sobre a conduta praticada, do seu conhecimento sobre a própria norma penal, etc. Todos esses dados são normalmente apontados na doutrina apenas como “fato” a ser conhecido ou *thema probandum*.

3.6 Classificação dos indícios

Em função de sua diversidade, várias são as classificações elaboradas pela doutrina a respeito dos indícios.

Carrara⁴³ esclarece que os práticos pretenderam dar às duas classes em que comumente se dividiam os indícios, ou seja, próximos e remotos, caracterização *a priori*, mas lembrou que seria muito difícil que tal definição fosse constante porque “a concludência dos indícios não pode ser exatamente calculada em sua existência hipotética e abstrata, mas há de julgar-se nas suas condições concretas” [...]. Sugerindo, todavia, um critério racional de distinção, qual seja, que

⁴³ Op. cit., p. 443.

remotos fossem aqueles que se ajustassem à simples execução do delito e próximos os indícios que se prendessem aos atos de consumação.

Espínola Filho⁴⁴ afirma que houve por parte dos velhos criminalistas, muita preocupação em classificá-los, não só para enquadrá-los no sistema geral das provas legais, como também para preestabelecer, de modo geral, a sua maior ou menor força probatória.

3.6.1 *Quanto à cronologia*

Do ponto de vista cronológico, em relação ao fato, distinguem-se os indícios em antecedentes (maus ou bons antecedentes do agente) concomitantes (motivação da conduta) ou subseqüentes (comportamento do agente posterior ao crime).

Segundo Mittermaier⁴⁵, essa classificação é

[...] completamente inútil, pois um indício 'concomitante não é mais poderoso do que o anterior ao crime; e, indo-se mais ao fundo das coisas, vê-se que a esta divisão até falta uma base sólida; muitas vezes há de ser arbitrária a classificação do fato entre os indícios anteriores, e não entre os concomitantes ou posteriores.[...] pode muito bem dar-se que não haja indício algum, posterior, por exemplo, reconhecido na causa, e, no entanto, ressaltar a prova plena e poderosa só dos indícios anteriores e concomitantes'.

⁴⁴ Op. cit., p. 239.

⁴⁵ Op. cit., p. 424.

3.6.2 *Quanto à extensão*

Podem ser comuns ou gerais e próprios ou especiais, os primeiros afetos a todos os delitos, e os segundos, apenas a alguns delitos. Citem-se, respectivamente, as circunstâncias subjetivas destinadas à aplicação da pena e as indicativas de traficância de drogas elencadas no artigo 37 da Lei 6.368/76.

3.6.3 *Quanto à força probatória*

A principal classificação, porém, atende à força probatória dos indícios, ou seja, se manifestos, próximos e remotos de acordo com relação de probabilidade com o fato, o seu nexo de verossimilhança, ou ainda mediatos e imediatos. Os primeiros, quando a dedução decorre direta, quase necessariamente, da situação provada (emprego de tortura para matar é indício direto de meio insidioso ou cruel, qualificadora do crime de homicídio). Os segundos, quando expressam uma relação direta, mas não necessária, com o fato a provar (a reincidência indica maior periculosidade do agente, mas não necessariamente). Os terceiros, quando apenas traduzem uma relação contingente com o fato desconhecido (crimes praticados com emprego do mesmo *modus operandi* é indício de continuidade delitiva). Já os dois últimos são relativos, respectivamente, aos indícios do delito, que dão uma conclusão direta relativamente ao que se quer provar, sem que seja necessário atravessar uma série de deduções intermediárias.

Enquanto os outros são indícios de outro indício, que fazem concluir a existência de outros fatos pelos quais se chega ao fato principal, classificação muito criticada por Carrara⁴⁶, por acreditar que se tratava de distinção perigosa e de nenhum valor prático, especialmente porque se chocava com a regra impeditiva de provar um indício por meio de outro.

Essas classificações, observou Espínola Filho⁴⁷, tinham o seu interesse no sistema das provas legais, porque a hierarquia dos indícios correspondia a uma hierarquia na sua força probante, no seu grau de certeza ou de probabilidade, mas hoje perderam todo o valor, desde quando se generalizou, no processo penal hodierno, a orientação da apreciação da prova segundo o livre convencimento do juiz.

3.6.4 *Quanto à origem*

Por fim, embora pouco citado, os indícios ainda se dividem em legais e não legais, aqueles dentro das leis como exemplos para o juiz e estes fora delas. Igualmente às presunções, pode-se dizer que os primeiros estão inseridos na própria norma penal material, e os segundos, com fulcro na experiência do intérprete, podendo ser chamados de indícios *hominis*, porque decorrentes do seu raciocínio, sem estarem preestabelecidos em lei. Exemplos dos primeiros têm-se especialmente na apreciação de circunstâncias subjetivas elencadas em vários

⁴⁶ Op. cit., p. 442.

⁴⁷ Op. cit., p. 239.

dispositivos do Código Penal, base para aplicação da pena (artigo 59) ou para concessão de benefícios, como o Sursis (artigo 77, inciso II) e o Livramento condicional (artigo 83, III). Já os segundos, a grande maioria, tirados, repita-se, da experiência, a partir deles o intérprete, especialmente o julgador, extrai a conclusão sobre questões relativas à previsibilidade objetiva e subjetiva nos crimes culposos, erro de tipo vencível ou invencível, e também em relação a elementos normativos do tipo, como mulher honesta, no extinto crime de rapto (artigo 219 do CP).

Aqui não cabe distinção entre indícios legais absolutos e relativos. Ambos indicam fato conhecido e provado, ou seja, definido, que permitirá, então, se chegar ao fato desconhecido. Quanto a este, sim, a partir daquele, é que se presume verdadeiro ou não, acontecido ou não. A reincidência (artigo 63 do Código Penal), circunstância conhecida e comprovada, indica a maior periculosidade do agente. Mas, é por meio da presunção, entendida para muitos como de natureza absoluta, que a lei estabelece a necessidade de encarceramento para os condenados nessa situação, em face da probabilidade imensa de recidiva caso permaneçam em liberdade no meio social.

3.6.5 *Quanto ao favorecimento das partes*

Neste aspecto, têm-se os indícios positivos e negativos (contra-indícios), relacionados à finalidade de amparar a acusação ou a defesa.

A doutrina não aponta essa diferenciação como uma classificação de indícios, embora a ela faça referência. De fato, positivos são os indícios aos quais se reportam normalmente, exprimindo, portanto, o seu sentido usual, qual seja, o fato concreto ou circunstância indiciante que, relacionada com a regra da experiência e tendo nexos causal, permite extrair a conclusão acerca do conhecimento que se busca contrária ao acusado. Em sentido oposto, todavia, existem os indícios negativos, também amparados em fatos conhecidos e que, pelo contrário, levam à conclusão que favoreça o acusado e o exclua de responsabilidade, seja colocando em dúvida de forma insuperável os próprios indícios positivos ou mesmo os infirmando.

Esse é o ensinamento de Espínola Filho⁴⁸, no sentido de que a premissa menor do raciocínio presuntivo, qual seja, o indício, pode estar amparada tanto em aspectos positivos, relacionados à acusação, ou em aspectos negativos, favorecendo o acusado. Assim, ou o indício tem o condão de levar à prova do fato contrário ao acusado, ou de provar o fato que lhe favoreça, em oposição àqueles que sustentam a acusação.

O álibi é tratado como um dos principais indícios negativos, extraído tanto de prova direta (depoimento de testemunha) como indireta (envolvimento em acidente de trânsito em outro lugar no mesmo horário do crime), e que infirma a prova acusatória.

⁴⁸ Ibid., p. 240.

Mittermaier⁴⁹ trata os indícios negativos como contra-indícios. Vê neles os fatos de uma ordem oposta, que podem indiretamente demonstrar a incorreção da conclusão extraída a partir dos indícios. Assevera que são de duas naturezas: uns impedem em absoluto ou dificilmente permitem atribuir o crime ao acusado (chamados de indícios de inocência ou contrapresunções); outros fazem ver os indícios acusatórios poderosamente abalados (chamados de contra-indícios).

Estabelece a seguinte diferenciação: nas contrapresunções a obstrução da prova acusatória ocorre pela demonstração de que a pessoa criminada não tem conhecimento técnico exigível para a prática do crime ou mesmo não estava no local do crime; nos contra-indícios a obstrução repousa nos próprios fatos que fazem parte da acusação, mas que demonstram que a relação da pessoa com o crime pode ser justificada, seja pela explicação do emprego lícito do objeto cuja posse, à primeira vista, pareceria suspeita, ou pelo afastamento do motivo, como a inexistência de inimizade à época do crime.

Essa terminologia merece crítica⁵⁰ porque a determinação do que seja verdadeiramente um contra-indício é imprecisa, sem contar que o relevante é analisar os fatos concretos que servem como indícios ao conhecimento da verdade, tanto para se apontar a responsabilidade do agente, ou, pelo contrário, demonstrar a sua desvinculação, o que equivaleria ao contra-indício.

⁴⁹ Op. cit., p. 427/428.

⁵⁰ Espínola Filho adverte que se deve evitar a impressão que essa terminologia, destinada a infirmar a conclusão apresentada pela prova indiciária, tenha necessariamente caráter indiciário, porque também a prova direta tem a mesma função (Op. cit., p. 243).

Na verdade, portanto, contra-indício nada mais é do que o indício que favorece ao agente. E é exatamente aí em que reside a sua imprecisão, porque se opõe aos indícios como se fosse este o indicador da acusação, quando na realidade seu sentido é genérico, servindo tanto à acusação quanto à defesa, pois significa a circunstância ou fato concreto e conhecido, que pelo processo presuntivo, permite chegar ao conhecimento de outro.

Maior adequação tem, portanto, a terminologia empregada por Espínola Filho.

3.7 Fontes dos indícios

Os indícios se baseiam num fato dado, cuja relação deve ser estabelecida com o fato indagado ou o *thema probandum*. Assim, interessa investigar essa fonte, ou seja, o nascedouro, de onde surgem, então, as bases que permitem desenvolver o raciocínio presuntivo destinado à descoberta da verdade ou do conhecimento buscado.

3.7.1 Fonte formal

Embora não seja a regra, mas especialmente no âmbito do direito substantivo, diversamente do que ocorre no adjetivo, os indícios comumente

aparecem nos tipos penais, já indicados pelo legislador, como fontes orientadoras ao intérprete para buscar o preenchimento do conteúdo da norma, a fim de atingir o seu desiderato. O criador da norma penal, visando facilitar e orientar o julgador ou intérprete para o sentido de seu objetivo, qual seja, alcançar o *thema probandum*, delimita ou indica parâmetros, que podem ser objetivos ou subjetivos, mas que servem como balizas predeterminadas e, por isso, denominados também de indícios legais, naturalmente porque estabelecidos na própria norma. Figuram de variadas formas e têm diversas finalidades, todas relacionadas, em cada caso, ao *thema probandum*. São exemplos os indícios de culpa na receptação (artigo 180, § 3º. do Código Penal – natureza da coisa, desproporção entre valor e preço ou condição de quem oferece), em que figuram como elementar do tipo incriminador; a traição no crime de homicídio (artigo 121, § 2º. inciso IV - que é indício de recurso que dificulta ou impede a defesa do ofendido), que se destaca como qualificadora do crime; ou, ainda, o desenvolvimento mental incompleto por idade, indício de inimputabilidade.

Outras hipóteses existentes no Código Penal podem ser citadas:

- 1) artigo 33, § 3º. – indícios de adequação de regime prisional ;
- 2) artigo 44, III – indícios de cabimento de substituição por pena restritiva de direitos;
- 3) artigo 59 – indícios de necessidade e suficiência da pena;
- 4) artigo 68 – indícios para cálculo da pena-base;
- 5) artigo 71, parágrafo único – indícios de periculosidade e gravidade no crime continuado;

- 6) artigo 77 – indícios de que o agente não voltará a delinquir no Sursis;
- 7) artigo 140, § 2º. – indícios de injúria real;
- 8) artigo 144 – indícios de crime contra a honra;
- 9) artigo 146, § 1º. – indícios de diminuição da capacidade de resistência;
- 10) artigo 147 – indícios de ameaça;
- 11) artigo 150 – indícios da diminuição da capacidade de defesa;
- 12) artigo 284 – indícios de curandeirismo;
- 13) Lei 6.368/76 – artigo 37 – indícios de mercancia.

3.7.2 *Fonte material*

As fontes materiais são todos os dados extralegais que contribuem para a formação do raciocínio presuntivo na condição de indícios.

Em grande parte são extraídas das próprias provas diretas, como um trecho do interrogatório do réu; o comportamento deste durante o curso da instrução; um tópico de depoimento testemunhal; os vestígios materiais do crime registrados pelo auto de exame de corpo de delito; as declarações da vítima, etc. Todos esses elementos fragmentários são circunstâncias indiciantes das quais o juiz

tirá conclusões a respeito do fato a provar, por meio de um processo lógico-construtivo de raciocínio. Por isso, afirma Gorphe⁵¹:

Mucho más y que en cualquiera otra, el valor de la prueba, indiciaria depende del juez, al ser de su incumbencia en quanto constituye operación mental de interpretación de los hechos y de reconstrucción, de acuerdo con los datos fragmentarios. Ese trabajo requiere a la vez una sólida lógica, psicología penetrante, bastante experiencia de la vida y extensos conocimientos sobre los diferentes problemas que puedan plantearse en el proceso.

E acrescenta o mestre que as provas periciais de caráter técnico fornecidas pela ciência à Justiça Penal têm constituído fonte abundante de elementos indiciantes.

*Gran cantidad de indicios técnicos, mostrados por la prueba pericial, son resultado de operaciones de laboratorio (autopsia, análisis químicos, exámenes mediante aparatos ópticos o luminosos, etcétera), que rebasan la simple observación y que de ninguna manera pueden ser verificados por los jueces.*⁵²

Tais são os indícios técnicos, que resultam dos trabalhos de laboratórios, ensejados pelo progresso da ciência moderna, que, nessas condições, têm criado um clima favorável a uma técnica probatória, que tende a desenvolver, cada vez mais, na opinião de Frederico Marques⁵³, a prova por indícios. Nesse terreno:

[...] a datiloscopia, estudando as impressões digitais os exames de arma, projéteis e outros instrumentos do delito, bem como perícias psicoanalíticas realizadas na pessoa do indiciado ou da vítima têm favorecido muito a descoberta da autoria de muitos crimes.

⁵¹ *De La Apreciación de Las Pruebas*. Chile/Buenos Aires: Bosch y Cia, 1970, p. 355 apud ANDRADE, Cristiano José de. Op. cit., p. 90.

⁵² Ibid., mesma página.

⁵³ Op. cit., p. 348.

As fontes indiciárias materiais, como se verifica, têm íntima relação com a matéria probatória relativa à comprovação do fato e de sua autoria, tema afeto ao direito adjetivo, todavia, também se constitui em fonte imprescindível para o complemento das normas penais, especialmente aquelas cujo conteúdo é aberto, porque aí o emprego do raciocínio presuntivo se ampara justamente em indícios que não estão especificados no tipo. Exemplos podem ser extraídos das normas disciplinadoras do crime culposos e da culpabilidade, em que necessariamente o intérprete deve se valer de seu conhecimento e dos dados que estão à sua disposição – no caso, os indícios – justamente para conseguir alcançar o conhecimento desejado. Ou seja, se o agente agiu com culpa em razão de determinado comportamento ou se no caso concreto era exigível comportamento diverso.

4 PRESUNÇÕES

4.1 Etimologia

No dicionário, presunção, do latim *praesumere*⁵⁴, tem o sentido de julgar segundo certas probabilidades⁵⁵. Também se diz que advém do vocábulo “prae-sumptum”, voz que é composta da preposição “prae” e do verbo “sumo”, com o sentido literal de “aceitar antecipadamente”, de “tomar antes”⁵⁶.

Trata-se de seu significado comum, mais inspirado em visões intuitivas, que “se tem o poder da síntese não tem o da análise”, no dizer de Malatesta⁵⁷, exigindo do cientista, assevera, a obrigação de lhe determinar a exata noção, clara e precisa.

Etimologicamente, portanto, presunção é sinônimo de preconcebido e reflete um processo mental baseado na dedução, de modo que daí se tem entendido como sinônimos igualmente de inferência, dedução, conjectura que se extrai de um fato conhecido. Em síntese, presumir significa prejulgar a veracidade de um fato mesmo antes de sua demonstração.

⁵⁴ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. Op. cit.

⁵⁵ Malatesta lembra que dessa etimologia genérica e indeterminada, que significa o lançamento de suspeita sobre a coisa significada, quase tomando antecipadamente uma opinião, é que motivou também, na linguagem vulgar, a tomada da expressão como vício moral, confirmando-se com isso a condenação do significado equívoco do vocábulo. “Como vício moral, a presunção é a soberba dos insignificantes, como argumento lógico mal usado é a certeza dos idiotas: baixeza, em todo caso, moral ou intelectual” (Op. cit., p. 205).

⁵⁶ ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 20.

⁵⁷ Op. cit., p. 205.

Quanto ao seu sentido técnico-jurídico, a legislação não lhe conferiu definição formal expressa⁵⁸, como nos indícios, mas seu significado se encontra dentro dessa mesma definição, como conclusão do raciocínio determinado pela lei.

Não se confunde a presunção, é bom distinguir desde logo, com a suspeita⁵⁹. Esta, no vernáculo, do latim *suspectare*, significa julgar com certa base, supor, conjecturar, desconfiar, julgar mal⁶⁰. Tem o sentido de desconfiança. Trata-se de um mero juízo preliminar a respeito de alguma coisa, de um acontecimento, um objeto, uma pessoa. Enfim, resume-se apenas ao sentimento que se desperta no intérprete, mas sem fundamento em outros elementos de convencimento confiáveis em quantidade ou qualidade. Serve unicamente como orientação, jamais podendo figurar como prova suficiente concernente a um fato, ou integrar, como elemento, a composição do próprio fato, tanto que a legislação não a agasalha. Aquela, genericamente considerada, se constitui, afirma Arruda Alvim⁶¹:

[...] num processo lógico-jurídico, admitido pelo sistema para provar determinados fatos, através de cujo processo, desde que conhecido um determinado fato, admite-se como verdadeiro um outro fato, que é desconhecido, e que é (este último) o inserido no objeto da prova.

⁵⁸ No Código Civil português (artigo 2.516) foi definida da seguinte forma: “Presunções são as consequências ou ilações que a lei ou o julgador deduz de um fato conhecido para afirmar um fato desconhecido”.

Já no Código Civil italiano (artigo 2.727) figurou assim: “*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato*” (CIRIGLIANO, Raphael. Op. cit., p. 362).

⁵⁹ O professor Roque de Brito Alves lembra que, de “muito menor valia que os indícios e presunções, surgem as suspeitas, de qualquer espécie, que provocam mais comumente a atenção ou interesse da Polícia que da Justiça” (Op. cit., p. 21).

⁶⁰ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. Op. cit.

⁶¹ Op. cit., p. 544/545.

4.2 Distinção entre presunção e indício

Já em relação aos indícios a diferenciação não é fácil, pois existe confusão na doutrina sobre a diferença ou similitude das expressões, por falta de uma denominação exata, rigorosa, especialmente entre as presunções judiciais ou *ad hominem*, não decorrentes da lei, e os indícios – daí empregando os civilistas o termo presunção para as mesmas situações em que os criminalistas se referem a indícios.

Frederico Marques⁶² é expressivo defensor da igualdade de conceitos entre presunção e indício com base na assertiva de que tanto num quanto no outro há dedução a partir de um fato concreto, o indício para se chegar a um fato específico e as presunções para se buscar verdades de alcance geral. Explica o mestre que os indícios e as presunções em nada diferem, bastando confrontar a definição legal com a que vários autores dão de presunção para logo se verificar a perfeita sinonímia entre indício e presunção.

“E isso revela o erro crasso e palmar de afirmar-se que nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará lugar à condenação. Tal asserção equivaleria a abolir-se a prova indiciária do processo penal”⁶³.

⁶² Op. cit., p. 343/344.

⁶³ Ibid., mesma página.

Bento de Faria⁶⁴ assevera que embora os indícios possam exprimir a certeza, enquanto as presunções apenas probabilidades, “no rigor do direito, tais expressões se equivalem, devendo os fatos que as caracterizam ser aceites ou rejeitados segundo o grau de convicção que possam produzir”.

François Gorphe⁶⁵ explica que “este medio de prueba, extremadamente amplio está mal definido” e que:

La diferencia que podria hacerse entre indicios, presunciones y circunstancias no seria sino una distinción de puntos de vista en relación al mismo objecto: uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (circunstancia); y, en fin, el otro, la relación lógica (presunción).

Giuseppe Bettiol⁶⁶ sustenta que:

[...] em relação ao procedimento lógico, não há nenhuma diferença entre prova indiciária e prova presuntiva: ambas pertencem ao gênero das provas chamadas críticas ou indiretas, porque não fixam diretamente o fato, em relação a que é querida uma determinada consequência jurídica, mas servem para a verificação de um fato, do qual, por conexão lógica, se chega ao fato indiciado ou presumido.

Na síntese de Cristiano José de Andrade⁶⁷, “consiste em recolher e interpretar todos os fatos ou circunstâncias que podem conduzir ao descobrimento da verdade”, o que para os civilistas tem o significado de presunções (*facti ou hominis*). Já para os criminalistas são indícios, não se olvidando os juristas ingleses ou norte-americanos, que empregam a denominação “circunstâncias”, ou “*circumstantial proof, circumstantial evidence*”. Conclui, com base em lição de

⁶⁴ *Código de processo penal*, 1942, v. 1, p. 309 apud ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 232.

⁶⁵ Op. cit., p. 249/250 apud ANDRADE, Christiano José de. Op. cit., p. 89.

⁶⁶ *Sulle presunzioni nel diritto e nella procedura penale*, 1938, p. 13/14 apud ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. p. 232.

⁶⁷ Op. cit., p. 87.

Gorphe⁶⁸, que "entre o indício e a presunção não se encontra senão uma diferença de matiz por referir-se um ao caso concreto e a outra a uma situação mais geral; porém, desempenham o mesmo papel na prova".

Há, contudo, o entendimento diverso, segundo o qual, resumidamente, indício consubstancia no fato concreto e certo, sendo a presunção o resultado da dedução que se extrai a partir dele, sobre o fato desconhecido.

Indício é um fato conhecido, que tem significação própria; é a parte material da presunção, o elemento que conduz à existência do fato desconhecido. A presunção é a conseqüência deduzida do indício, a elaboração subjetiva, o efeito, que tem significação depois do esforço mental do julgador, ou do intérprete⁶⁹.

O equívoco de Frederico Marques, aponta Paulo Rangel⁷⁰, decorre da "confusão entre a finalidade do indício e da presunção (formar o livre convencimento do juiz) com o meio utilizado para se atingir tal finalidade (o indício e a presunção)".

Também Roque de Brito Alves⁷¹ critica a posição de Frederico Marques afirmando que o mestre paulista apoiou-se,

[...] em primeiro lugar, em sua argumentação, na definição legal de indício do artigo 239 vigente, a qual é não somente imprecisa, como errônea, incorreta. E, em segundo lugar, a melhor doutrina tem, com acerto, esclarecido a diferença substancial entre indício e presunção. Afinal, também, a sua conclusão ou assertiva – como conseqüência de sua teoria de sinonímia de indício e presunção – da prova indiciária como fundamento de uma condenação, afirmamos logo que, antes de mais nada, além de outras considerações que podem ser feitas, chocar-se-ia, fere os claros e categóricos termos do número VI do artigo 386 da nossa Legislação processual penal em vigor. Legislação que requer imperativamente, para tal

⁶⁸ Op. cit., p. 249/250 apud ANDRADE, Cristiano José de. Op. cit., p. 87.

⁶⁹ CIRIGLIANO, Raphael. Op. cit., p. 366.

⁷⁰ *Direito processual penal*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 435.

⁷¹ Op. cit., p. 22/23.

fim, a presença de prova suficiente, isto é, cabal, concludente, indubitável [...] natureza, característica ou qualidade de uma prova que os indícios por mais veementes ou concludentes que sejam, jamais poderá dar.

A impossibilidade de condenação por indícios, como afirma Roque Brito, todavia, está em contradição, como se verá, com a própria legislação e com o princípio do livre convencimento das provas pelo juiz, de modo que neste aspecto não se pode estabelecer distinção.

Firmino Whitaker, destaca Pierangeli⁷², apresenta a presunção como sendo a “conseqüência tirada, pelo legislador ou pelo juiz, do fato certo para o incerto, que depende a prova”. Na presunção, acrescenta,

‘Há trabalho de raciocínio guiado pela lógica. De um fato certo, de existência incontestável, é extraída, pela relação de causalidade, a prova do fato incerto’. O fato certo chama-se indício; o raciocínio que liga o fato certo ao probando é a presunção. Indício e presunção, pois, são coisas diversas. Basta que se pondere que aquele já exprime a certeza, ao passo que esta é a probabilidade que resulta da ligação desse fato a outro.

Para Witaker, portanto, o indício é o ponto de partida do processo de presunção, ou melhor, o raciocínio presuntivo é composto pelos indícios, que são exatamente o fato probante que leva a concluir, pela presunção, ou seja, pelo raciocínio lógico, o fato probando.

No mesmo sentido é a opinião de Tourinho Filho⁷³ com suporte nas lições de Vicente de Azevedo, para quem:

⁷² O *Júry*. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 155/156 apud PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 295.

⁷³ Op. cit., p. 355.

[...] indício é um circunstância ou fato conhecido que serve de guia para descobrir o outro. De um fato conhecido se deduz outro. O conhecido indica o outro. Presunção é a operação mental, a interferência que por via do raciocínio ou de experiência deduzimos do indício conhecido.

Os civilistas não dissentem. Maria Helena Diniz⁷⁴, no mesmo sentido, o define como o “meio de se chegar a uma presunção. O indício é tão somente o ponto de partida de onde, por inferência, se pode estabelecer alguma presunção”.

Também Arruda Alvim⁷⁵ afirma que o raciocínio que se faz a partir do indício, fato provado que, estando na base do raciocínio do juiz leva este a crer (como acreditaria qualquer *homo medius*) que tenha ocorrido a outro fato (fato principal), chama-se presunção *hominis*.

Tornaghi⁷⁶ estabelece que o indício:

[...] é o fato indicativo e a presunção o fato indicado. Por exemplo, a embriaguez é indício de periculosidade: a embriaguez é o fato indicativo, o indício; a perigosidade é o fato indicado, presumido: há uma presunção de periculosidade. Destarte, de conformidade com o artigo 78, III, do Código Penal, presumem-se perigosos os ébrios habituais.⁷⁷

Já Noronha⁷⁸ afirma que não "parece que a distinção tenha grandes efeitos, mesmo porque freqüentemente se confundem indício e presunção, já que, não poucas vezes, as leis de um indício tiram uma presunção". Assim sucede no artigo 302, IV do Código de Processo Penal, quando considera em flagrante delito

⁷⁴ *Curso de direito civil brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 256.

⁷⁵ Op. cit., p. 544.

⁷⁶ Op. cit., p. 82.

⁷⁷ Referida disposição legal foi revogada pela Lei 7.209/84.

⁷⁸ Op. cit., p. 140.

quem "é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração". Há aqui indício e também há presunção.

No Código Penal, afirma referindo-se ao revogado artigo 78:

[...] presumem-se perigosos os ébrios: a presunção de periculosidade tem por fundamento e indício da ebriez. Depois, porque diversas vezes as presunções são acolhidas pelas leis que dispensam valor absoluto ou relativo, como acontece no Código Penal, com os artigos 57 (revogado pela Lei 7.209/84), 174, 180 § 1º, 224, etc.

Espínola Filho⁷⁹ todavia, procura destacar a diferenciação que compreende entre presunção e indícios.

De fato, com apoio em Sabatini⁸⁰ salienta:

[...] prescindir a presunção de qualquer elemento específico que, em tema de presunções, não somente não é de ser provado, mas também não é tomado em consideração, e nem mesmo existe; daí a sua afirmação de que, enquanto o indício e toda prova, em geral, têm caráter lógico-indutivo, a presunção tem caráter lógico dedutivo.

Das lições de Florian⁸¹ reforça:

No nosso modo de ver, o indício tem sempre um pressuposto concreto, a presunção, um pressuposto abstrato, atingindo, sempre ou muito frequentemente, algo de geral. Pois que a presunção tem um conteúdo de índole geral, pode referir-se, também, a conceitos puramente abstratos, enquanto o indício se refere a dados de fato e tem um significado específico técnico-penal, de indicação de culpa". Como afirmativa final: O indício é um resultado, a presunção, um procedimento puramente lógico, que também pode conduzir ao indício.

⁷⁹ Op. cit., p. 235.

Washington de Barros Monteiro também estabelece a distinção argumentando que não se confundem os indícios e presunções, mas ressalva que substancialmente se equivalem. Indício, explica, "é o fato conhecido de que se tira a presunção; um é a premissa, outra, o resultado" (*Curso de direito civil*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1, p. 259).

⁸⁰ *Principii di dir. proces. pen.* 2.ed., 1931, p. 330 apud ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 235.

⁸¹ *Delle prove penali*, 1921, v. 1, p. 82 apud *Ibid.*, mesma página.

E arremata citando Messina⁸²:

Na prova indiciária se remonta, de uma circunstância específica certa, a uma conclusão, cujo conteúdo é fornecido por uma proposição geral, ditada pela lógica ou pela experiência comum. Na prova presuntiva parte-se de uma proposição geral, ditada pela lógica ou pela experiência, para atribuir o seu conteúdo a uma espécie, de fato dada; com a advertência de suceder que se empreguem presunções na avaliação dos indícios, mas isso não identifica, naturalmente, as presunções com os indícios, pois as primeiras conservam sempre o caráter de dados genéricos prováveis, e os outros o caráter de dados específicos certos, cuja significação é conexas à possibilidade de reporta-los sob uma proposição geral.

4.3 Prova *prima facie*

Ainda no plano da diferenciação surge a questão da prova *prima facie*. Vicente Greco⁸³ esclarece que ela ocorre quando da prova de um fato decorre imediatamente a culpabilidade ou responsabilidade do agente, como no caso da embriaguez que provoca a colisão e do acidente em que o veículo bate por trás. Em ambos os casos haveria uma conclusão direta sem necessidade de comprovação, porque a prova de um fato leva imediatamente à prova de outro. Dessa feita, a embriaguez faz concluir a culpa, assim como a batida de veículo atrás de um outro. Não está impedida, todavia, a prova contrária, ocorrendo apenas a inversão do ônus da prova.

A prova *prima facie*, da mesma maneira que as presunções legais, especialmente as que não admitem prova em contrário, na verdade resvalam na

⁸² *Il regime delle prove nel nuovo código di procedura penale*, 1914, p. 208 apud *Ibid.*, p. 235/236.

⁸³ *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 188.

responsabilidade objetiva porque economiza uma parte do raciocínio, tendo-se como provado um fato pela simples demonstração de outro.

Segundo Bettiol⁸⁴, se a presunção resultasse unicamente de uma dedução da experiência comum, sem ter a sua fonte num indício, dever-se-ia concluir pela admissão de uma prova *prima facie*, pela qual a pretensão do autor, mesmo na falta de indícios particulares, deveria ser considerada fundada, pelo juiz, sobre a base de uma regra de experiência, deixando, porém, ao acusado a possibilidade de demonstrar que, no caso particular, não se verificou o que acontece normalmente na generalidade dos casos. Tal natureza de prova, de acordo com o mestre, não deve ser aceita no âmbito penal, pois:

[...] uma regra da experiência poderá servir para iluminar os resultados de uma prova, mas nunca poderá suprir a falta de prova de qualquer elemento de fato indiciante, do qual se possa remontar ao fato presumido ou indiciado.

Acontece que a base da afirmação de Bettiol estava assentada no entendimento de que, enquanto os elementos de fato que constituem a prova indiciária não são especificados pelo legislador, mas remetidos à prudente indagação e pesquisa do juiz, são expressamente fixados pelo legislador os que constituem as fontes da prova presuntiva. Desta forma, aplicando-se ao ordenamento jurídico pátrio, tal raciocínio não se teria aplicação no caso da presunção decorrente de disposição de lei, porque nesse caso ela se constituiria numa prova *prima facie*, como no caso da presunção de violência. Por outro lado, a

⁸⁴ Op. cit., p. 13 apud ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 233.

presunção *hominis*, decorrente da experiência comum, não pode prescindir do fato indiciante porque este é a premissa menor do raciocínio presuntivo, que aliado à regra da experiência permite extrair da conclusão o conhecimento do fato probando. Não é de se admitir, portanto, a presunção como prova *prima facie* nesta hipótese.

4.4 Classificação das presunções

As presunções gozam de classificação⁸⁵ que não se emprega no caso dos indícios, e daí, sem dúvida, se extrai uma diferenciação, até porque mesmo na doutrina⁸⁶ que afirma identidade entre essas regras jurídicas, há referência exclusiva a uma espécie de presunção, qual seja, a *hominis*.

⁸⁵ René Garraud esclarece que as presunções são numerosas e variadas, sendo possíveis as seguintes classificações: a) presunções genéricas e específicas: as primeiras são as que respeitam aos conhecimentos humanos independentemente das relações de imputabilidade penal tal como a veracidade dos homens, presunção sobre a qual se funda a fé no testemunho. As segundas são as que se referem à imputabilidade penal como as que presumem a ausência do consentimento em toda a relação sexual com menor; b) presunções que beneficiam à acusação e ao acusado, do ponto de vista da parte que pode invocá-las, como na falta de discernimento do menor de 18 anos em relação ao réu; c) presunções absolutas e simples, no ponto de vista da energia: A lei pode impor ao juiz certas provas circunstâncias obrigando a ter por certos os fatos que tendem a estabelecer, mas deixando às partes interessadas a faculdade de demonstrar que essa indução não é fundada. Ela pode ir mais longe, repelir toda a prova contrária, e fazer necessariamente resultar de tal circunstância a existência legal de tal fato; d) presunções naturais ou tácitas e legais ou expressas, no ponto de vista do seu caráter: as primeiras são o produto natural dos conhecimentos humanos e da cultura social, referindo-se a lei a elas sem necessidade de as estabelecer. Formam de qualquer sorte o trama de toda a legislação. As segundas são as taxativamente e expressivamente organizadas por um texto formal da legislação positiva. São as presunções propriamente ditas as que se tem em vista ao falar simplesmente de “presunções” (*Compêndio de direito criminal*. Campinas: LZN, 2003, v. II, p. 242).

⁸⁶ MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 346.

De fato, classificam-se as presunções, quanto à origem, em jurídicas ou legais⁸⁷ e judiciais ou *hominis*. Quanto à possibilidade de produção de prova em contrário, bipartem-se as presunções legais em absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantam*)⁸⁸.

4.4.1 Presunção legal

De seu conceito decorre que não existe *sine lege*. Não há, logo, presunção legal sem que uma lei a atribua certos atos ou fatos. Imprescindível, dessa maneira, disposição expressa de lei, não podendo existir tal espécie de presunção sem ela.

A conseqüência, adverte Moacyr Amaral⁸⁹, é que a presunção de direito deve ser entendida nos expressos termos da lei criadora, dentro dos limites em que nesta se contém, vedada qualquer interpretação extensiva por analogia.

A doutrina estrangeira, aponta o mestre, já fazia a ressalva:

⁸⁷ Greco Filho esclarece que os “Códigos comumente instituem presunções quando pretendem criar uma situação de vantagem em favor de determinada parte, a fim de facilitar o labor probatório da parte a que aproveita. Provado um fato (que não é o principal), chega-se, pela presunção legal, à convicção da existência do fato principal” (*Direito processual civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2, p. 181).

⁸⁸ Esclarece Paulo Rangel, que as presunções absolutas são típicas do sistema de provas legais ou tarifadas, e, a presunções relativas, do sistema do livre convencimento (Op. cit., p. 437).

⁸⁹ Op. cit., p. 362/363.

'Sob o domínio de nossos códigos – diz Laurent – não podem os intérpretes admitir outras presunções de direito além das estabelecidas pela lei'. E estender as estabelecidas pela lei além dos limites previstos na mesma lei, - adverte Demolombe – sob certa forma seria criar outras presunções. Em consequência do que – acrescenta Mattiolo – os argumentos, que se extraíam da lei criadora de uma presunção legal, poderão somente constituir presunções simples. Em suma – concluiu Cappola – 'não consentindo a presunção legal interpretação extensiva, segue-se que, por pouco que se afaste dos limites da conceituação da lei que a prevê, cessa de existir'.⁹⁰

Assim, o emprego da presunção legal, absoluta ou relativa, somente tem admissibilidade nos estritos limites como o legislador a criou, não se podendo aplicá-la, por analogia, a qualquer outra situação por mais semelhante que seja. A presunção de violência por menoridade, i.e. (artigo 224, "a" do Código Penal), incide restritivamente aos crimes contra os costumes do Título VI do mesmo Codex, sem aplicação a outras disposições em que há violência contra menor de 14 (catorze) anos para a prática do crime, figurando ou não como elementar do tipo. A recente alteração provocada pela Lei 11.106/05 traz exemplo interessante, pois o revogado crime de rapto com violência (art 220) – em que a presunção era admissível – agora está inserido no crime de seqüestro na previsão mais ampla do artigo 148, § 1º. inciso IV do Código Penal, que trata como qualificadora do crime de seqüestro a privação da liberdade de menor de 18 (dezoito) anos. Não figurando a violência como elementar, mas sendo um dos meios admissíveis da prática criminosa, de modo que nesta hipótese, ainda que o seqüestro seja com emprego de violência contra menor de 14 (catorze) anos, e para fim libidinoso, a presunção não poderá ser empregada.

⁹⁰ Ibid., mesma página.

Outro aspecto importante é o de que a presunção legal não deixa de ser presunção e, portanto, é constituída de três elementos, como lembra Moacyr Amaral, quais sejam, o fato conhecido, o fato desconhecido e o nexo de causalidade entre ambos. Pela lei, então, o fato desconhecido é considerado havido como provado, tendo-se da mesma forma como reconhecido e preestabelecido o nexo de causalidade, mas tanto um quanto outro só ocorrem quando quem invoca a presunção faça provado o fato do qual ela dimana, isto é, o fato conhecido.

A presunção legal tem aplicação exhaustiva em todos os ramos do Direito. Para exemplificar, no Código de Processo Civil podem ser apontadas hipóteses de presunção nos artigos 261, 302, 334, 343, 368, 371, 402, 412, 474, 593, 600, 661, 671, 672, 694, 803, 838 e 842.

Muito observada em função dos efeitos, é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face da não contestação pelo réu (artigo 319).

No Código Civil, por sua vez, encontram-se exemplos nos seguintes artigos: 8º., 330, 574, 581, 1202, 1209, 1276, 1297, 1315, 1674, 1680, 1793 e 1802.

Nessa seara destaca-se a presunção legal da concepção dos filhos na constância do casamento (artigo 1597 do CC).

Já no Código Penal e legislação extravagante são vários os casos de presunção legal, conforme segue abaixo, para exemplificar.

- 1) art. 13, § 2º, letra “c” – relevância da omissão e dever de agir para o agente – presunção de que com o seu comportamento anterior criou o risco da ocorrência do resultado;
- 2) art. 14, II – tentativa – circunstâncias alheias à vontade do agente – presunção de vontade;
- 3) art 15 – desistência voluntária – presunção de vontade;
- 4) art. 16 – arrependimento posterior – reparação dano ou restituição da coisa por ato voluntário do agente;
- 5) art 18 – dolo eventual – assunção do risco – presunção de vontade;
- 6) artigo 18 – culpa – presunção de inobservância dos cuidados objetivos e previsibilidade do agente;
- 7) artigo 19 – agravação pelo resultado – presunção de vontade;
- 8) artigo 20 – erro de tipo– presunção de vontade e essencialidade;
- 9) artigo 20, § 1º. – discriminantes putativas – presunção de situação de fato inexistente;
- 10) artigo 21 e parágrafo único – erro sobre a ilicitude do fato – presunção de conhecimento da lei e de inconsciência sobre a ilicitude do fato;
- 11) artigo 23 – estado de necessidade – presunção de vontade e de impedimento de evitar;
- 12) artigo 26 e parágrafo único – presunção de incapacidade de discernimento ou determinação;
- 13) artigo 27 – menoridade penal – presunção de falta de discernimento;

- 14) artigo 28, §§ 1º. e 2º. – presunção de incapacidade ou determinação;
- 15) artigo 33, §§ 2º. e 3º. – presunção de adequação de regime prisional;
- 16) artigo 44 II, III e § 3º. – presunção de cabimento de substituição por pena restritiva de direitos;
- 17) artigo 59 – presunção de necessidade e suficiência da pena;
- 18) artigo 60 – presunção de ineficácia da pena de multa nos valores originais;
- 19) artigo 61 e 65 – presunção de circunstâncias que agravam e atenuam a pena;
- 20) artigo 70 – desígnios autônomos – presunção de vontade;
- 21) artigo 71, parágrafo único – presunção de periculosidade e gravidade;
- 22) artigo 77 – presunção de que o agente não voltará a delinquir;
- 23) artigo 83 – presunção de cessação de periculosidade;
- 24) artigos 97 e 98 - presunção de periculosidade e de cessação de periculosidade nas medidas de segurança;
- 25) artigo 104 – presunção de renúncia tácita;
- 26) artigo 106 – presunção de perdão tácito;
- 27) artigo 122, II – presunção de falta de discernimento e diminuição da capacidade de resistência;
- 28) artigo 126, parágrafo único – presunção de falta de discernimento;

- 29) artigo 129, § 3º. presunção de falta de intenção no resultado;
- 30) artigos 130 a 137 – presunção de perigo;
- 31) artigo 144 – presunção de crime contra a honra;
- 32) artigo 146, § 1º. – presunção da diminuição da capacidade de resistência;
- 33) artigo 147 – presunção de ameaça;
- 34) artigo 149 – presunção da diminuição da capacidade de resistência;
- 35) artigo 150 – presunção da diminuição da capacidade de defesa;
- 36) artigo 155, § 1º. e § 4º., IV – presunção da diminuição da capacidade de defesa;
- 37) artigo 157, § 2º. incisos I e II – presunção de diminuição da capacidade de resistência;
- 38) artigo 158, § 1º. – presunção de diminuição da capacidade de resistência;
- 39) artigo 173 – presunção de inexperiência do menor;
- 40) artigo 174 – presunção de operação ruinosa;
- 41) artigo 180, § 1º. – presunção de dolo sobre origem ilícito do produto do crime;
- 42) artigo 180, § 3º. – presunção de culpa sobre a origem ilícita do produto do crime;
- 43) artigo 224 – presunção de falta de discernimento ou capacidade de resistência;
- 44) artigo 236 – presunção de erro no casamento;

- 45) artigos 250 a 266 – presunção de perigo comum;
- 46) artigo 284, II – presunção de curandeirismo;
- 47) artigo 316, § 1º. – presunção de tributo indevido no excesso de exação;
- 48) artigo 317 – presunção de aceitação de promessa;
- 49) artigo 319 – presunção de satisfação de interesse pessoal ou sentimento pessoal;
- 50) artigo 332 – presunção de tráfico de influência por insinuação;
- 51) artigo 339 – presunção de conhecimento da inocência na denúncia caluniosa;

Legislação extravagante

Lei das Contravenções Penais

- 1) artigos 28 a 38 – contravenções referentes à incolumidade público – presunção de perigo;
- 2) artigo 62 – embriaguez – presunção de perigo;

Lei 6.368/76 – Lei de Tóxicos – artigo 37 – presunção de porte e mercancia.

4.4.1.1 Presunção legal absoluta

A presunção legal absoluta⁹¹, segundo Vicente Greco⁹², é:

[...] aquela que não admite prova em contrário, ou seja, a lei estabelece determinada situação proibindo que se faça prova em contrário ou tornando irrelevante qualquer tentativa de prova em contrário. O juiz não pode convencer-se em sentido contrário a uma presunção legal absoluta.

Esclarece Pontes de Miranda⁹³ que a presunção *iuris et de iure* é inatacável, nem mesmo podendo ser contrariada pela notoriedade do fato. A técnica legislativa “exauriu todo o elemento probatório”.

A estabelecer este gênero de presunções, informa Tourinho Filho⁹⁴, “às vezes, parte de leis ordinárias da natureza, e, em outras, propõe-se a dar uma regra geral, sem a qual poderiam surgir graves conflitos de interesses, impossíveis de serem dirimidos”.

No primeiro caso pode-se citar o crime impossível por impropriedade do objeto, no qual a impossibilidade do resultado é presumida em decorrência de absoluta impossibilidade natural, p.ex., a tentativa de prática de aborto em mulher que não esteja grávida. Na segunda, os crimes de perigo abstrato, como o porte ilegal de arma de fogo municada, sem autorização, em que existe a presunção de

⁹¹ Em verdade, adverte Espínola Filho, “essas presunções legais são, mais do que presunções (conforme a terminologia usada), pressupostos ideológicos das normas, que se prendem a motivos, os quais, havendo servido para formar a norma, se identificam com o respectivo preceito penal, nada tendo, mais, a fazer com a aplicação dela” (Op. cit., p. 234).

⁹² Op. cit., p. 181.

⁹³ *Comentários ao código de processo civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. IV, p. 277.

⁹⁴ Op. cit., p. 355.

que há perigo à incolumidade pública, não se aproveitando a alegação de que era para defesa. Em ambas as hipóteses o fato descrito pela lei não comporta prova em contrário.

A presunção legal absoluta, portanto, é normativa pela necessidade de se criar regras geradoras de estabilidade e base a outras normas e ao próprio sistema de responsabilização penal. De fato, geralmente as hipóteses de presunção absoluta são aquelas sobre as quais giram dois fatores básicos: o primeiro, a necessidade de fixar a base, o parâmetro certo para regência, inclusive das demais normas, como são os casos da definição legal de imputabilidade por idade e o conhecimento da lei, que se tratam indubitavelmente de presunção absolutas e que são imprescindíveis para respaldar a existência de tantas outras normas definidoras da responsabilidade penal e gerar a necessária segurança jurídica e estabilidade ao sistema. O segundo fator ensejador da criação de tais presunções, não menos importante, é a fixação como regra, gerando certeza, às questões cuja probabilidade de certeza seria muito grande. A certeza sobre determinada conclusão é praticamente absoluta, e se assim o é, para facilitar o seu reconhecimento e proporcionar maior segurança e estabilidade, é que ao provável se dá o caráter de certo. Aproveitando-se os dois elementos citados acima, a probabilidade de uma pessoa sã, maior de 18 (dezoito), anos ter consciência e discernimento de seus atos é praticamente absoluta, e por isso a lei a transforma em certeza absoluta.

Outras vezes, porém, a situação é inversa, isto é, não há essa probabilidade de certeza, chegando-se mesmo a ocorrer, em certos casos, a certeza do contrário. Não obstante, é absolutamente necessário, e daí a presunção ser

absoluta, que determinado fato seja tido como verdadeiro ou certo, a fim de garantir sustentabilidade e estabilidade ao próprio sistema. Logo, a certeza que se julga ocorrida por imposição da lei, em verdade, na prática tem grande probabilidade de não ocorrer. É exemplo a presunção absoluta de que todos conhecem a lei, a fim de assegurar sustentação a todo o conjunto de regras jurídicas garantidoras da aplicação da lei e responsabilização criminal do infrator, pois de modo contrário bastaria alegar o desconhecimento da lei para escapar da punição.

É bem verdade que o espírito da presunção, nesses casos, não está dirigido ao conhecimento formal da lei, mas apenas ao intuitivo e de forma potencial, aquele que se alcança pelas regras da experiência e permite concluir (ou presumir) se tal comportamento é correto ou não. No entanto, se para grande parte das regras penais, especialmente as incriminadoras, que apenas se tornaram proibidas normativamente a partir da própria experiência humana e reprovação, permitindo, então, que fossem transmitidas uns aos outros, no cotidiano, pelas relações interpessoais, outras certamente existirão que, por sua especificidade ou escolha do legislador, determinarão grande dificuldade ao homem médio para chegar a esse conhecimento – o que poderá inclusive não ocorrer. Isso se dá porque muitas vezes o legislador impropriamente usa o Direito Penal para tratar de temas que não são de natureza penal e não suscitam no espírito humano a necessidade de reprovação nesse grau, violando-se, com isso, princípios básicos como o da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade. Exemplos inúmeros podem ser citados, dentre os quais o uso de motosserra para cortar floresta ou outras formas de vegetações (artigo 51 da Lei 9.605/97), ou o dano doloso ou culposo a plantas de ornamentação pública (artigo 49 da Lei 9.605/97). Em outros casos, embora seja

assunto que mereça essa reprovação, porque relevante e gerador de grande dano, a sua especificidade refoge ao conhecimento e experiência comum, de modo que somente algumas pessoas é que, em razão de situação particular e específica, como formação profissional (técnico, empresário), funcionário público, dentre tantos, poderão gerar a expectativa de grande probabilidade de serem conhecedores da norma, ainda que potencialmente e por intuição. Exemplos são o uso de gás liquefeito de petróleo em saunas ou aquecedores de piscinas, em desacordo com disposição legal (artigo 1º., inciso II, da Lei 8.176/91), as infrações contra a ordem tributária (Lei 8.137/91), as infrações relativas a transplantes de órgãos (Lei 9434/97), etc.

Nesses casos, todavia, o legislador presume de forma absoluta, que todos os que convivem em sociedade, indistintamente, senão por idade ou doença, têm condições de conhecer a norma.

Portanto, a lei impõe a certeza de seu conhecimento pelos membros da sociedade, como forma de garantir segurança às relações sociais, não se podendo alegar seu desconhecimento como forma de se eximir de responsabilidade.

Essa espécie de presunção é muito combatida⁹⁵, porque trata de fatos que a lei estabelece *erga omnes* como verdades incontestes.

⁹⁵ Malatesta a chamou de irracional, porque limita totalmente a prova, razão pela qual admissível somente as presunções do homem (Op. cit., p. 192).

Presunção, em tal caso, houve somente do legislador: do fato de que a maioria dos julgados exprime a verdade, concluiu ele que estes constituem sempre uma prova da verdade que afirmam. E converteu essa presunção sua em verdade, com força de lei⁹⁶.

Até por isso são em pequeno número as presunções legais absolutas, no direito penal pátrio e mesmo em relação a algumas delas doutrina e jurisprudência se dividem. As principais hipóteses, no Código Penal, são:

- 1) inimputabilidade pela idade (art. 27);
- 2) presunção do conhecimento da lei (artigo 21);
- 3) presunção de violência nos crimes contra os costumes em relação à vítima menor de 14 anos (artigo 224, "a")⁹⁷;
- 4) presunção de diminuição da capacidade de resistência e discernimento em razão da idade, como agravantes e atenuantes de pena (artigos 61, II, "h" e 65, I);
- 5) presunção de periculosidade na fixação de regime prisional (artigo 33, § 2º., "a" e "b");
- 6) presunção de periculosidade na medida de segurança para os inimputáveis (artigo 97);
- 7) Na parte dos crimes, a presunção de perigo nos crimes de perigo abstrato, notadamente nos classificados de perigo comum (artigos 250-259) e crimes contra a fé pública, como moeda falsa (artigos 289-290).

⁹⁶ CIRIGLIANO, Raphael. Op. cit., p. 372.

⁹⁷ A jurisprudência e doutrina divergem sobre a natureza da presunção nesta hipótese, como se verá no item referente à presunção de violência nos crimes contra os costumes.

4.4.1.2 Presunção legal relativa

As presunções relativas são as que admitem prova em contrário. Isso ocorre quando a lei, embora admitindo algumas presunções com o escopo de tornar certo determinado fato ou para apontar algum paradigma, não impossibilita que se promova a demonstração da improcedência contida naquela presunção dita como verdadeira.

Leciona Pontes de Miranda⁹⁸ que a presunção relativa não parte do homem, “não são *praesumptiones hominis*, mas, como essas, admitem que algo as afaste”.

Com propriedade lembra Arruda Alvim⁹⁹, que:

[...] na presunção relativa provado o fato auxiliar ou base, o fato probando será tido como verdadeiro. Por isto, conquanto deva haver atividade probatória, esta não necessita (por parte do beneficiário da presunção) de se endereçar para o fato presumido, tanto bastando que o fato auxiliar seja provado.

É o caso da violência presumida nos crimes sexuais, em que demonstrada a caracterização do fato base, p.ex., a debilidade mental da vítima, o fato probando, qual seja, a violência, já está presumido, restando ao autor da infração, todavia, demonstrar que desconhecia essa condição.

⁹⁸ Op. cit., p. 280.

⁹⁹ Op. cit., p. 545.

O que ocorre na verdade é que se dispensa do ônus da prova aquele que tem a presunção a seu favor. Destarte, quem invoca a presunção está obrigado a demonstrar o fato base em que ela se funda e, à parte que se opõe cabe o ônus de oferecer prova contrária a ele, articulando elementos para demonstrar a sua inexistência.

O fato presumido, por ser uma conclusão legal, não pode ser desconstituído, sob pena de o julgador estar se arvorando na condição de legislador, usurpando funções que não lhe competem. Nega-se, então, à parte e ao juiz o poder de combater a conclusão legal em si mesma. Porém, é permitido desconhecer o fato presumido a partir do combate à sua premissa, ou seja, o fato base.

Utilizando-se o mesmo exemplo relativo à violência presumida pela idade, a conclusão legal sobre o emprego desse recurso nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra pessoa não maior de 14 (catorze) anos é a presunção de que em tal situação falta ao menor a capacidade de discernimento e autodeterminação sobre o ato sexual. Dessa forma, quebra-se a presunção combatendo-se o fato base, isto é, demonstrando que a vítima não tem a idade fixada ou que, embora a tenha, não lhe falta a capacidade de discernimento e autodeterminação, pois nessas hipóteses a sustentação da conclusão estará destruída.

A prova contrária, diz Raphael Cirigiliano¹⁰⁰, não visa combater a presunção, desfazendo-lhe o raciocínio lógico de causa e efeito, desenvolvido pelo

¹⁰⁰ Op. cit., p. 373.

legislador, ou seja, não visa provar que as conseqüências não decorrem dos fatos que constituem a razão de ser da presunção. A prova contrária, em lugar de desconstruir o raciocínio, tende à demonstração de fatos que indicam que, no caso, não ocorreu a presunção da lei.

É preciso, em uma palavra, que se alegue e que se prove, o oferecimento e na administração da prova, não que a presunção é errônea em direito, mas inexato em fato, ou antes, que é inaplicável à causa, como destituída de toda a espécie de fundamento¹⁰¹.

4.4.1.3 *Critério de distinção entre presunção legal absoluta e relativa*

Já se examinou que a distinção entre essas duas espécies de presunção, quais sejam, absoluta e relativa, reside justamente na possibilidade de fazer prova em contrário. A indagação que se faz, então, é a seguinte: se ambas estão previstas na lei, como distingui-las adequadamente para saber se é possível prova contrária ou não? Qual é o critério distintivo?

A resposta poderia ser simples se o próprio legislador cuidasse de esclarecer a dúvida, consignando expressamente quais as presunções consideradas absolutas, sem possibilitar ao intérprete ou ao juiz decidir em sentido contrário.

¹⁰¹ Ibid., mesma página.

Houvesse regra geral¹⁰² determinando a admissibilidade da prova contrária nas presunções legais, pela fórmula, por exemplo: “salvo quando a própria lei a excluir”, a exceção caracterizar-se-ia em cada norma específica em que existisse expressamente a proibição.

Esse critério de distinção seria suficiente se realmente em todos os casos houvesse o esclarecimento legal, entretanto, aí reside a grande dificuldade, pois a legislação pátria, como já se disse, sequer define a presunção, seja no âmbito penal ou civil, diversamente, como aponta Moacyr Amaral¹⁰³, da italiana e francesa.

A interpretação autêntica nessa matéria, portanto, não é da cultura jurídica pátria, de modo que a distinção acaba ocorrendo pelas demais regras de interpretação da norma. É a doutrina e jurisprudência, dessa maneira, que definem se a presunção legal é absoluta ou relativa, ficando sujeita a resposta, em decorrência, a variações resultantes de entendimentos diversos, próprios da ciência jurídica, e inclusive flutuação de interpretação de acordo com a própria evolução do direito dentro de sua dinâmica.

¹⁰² Entre nós o anterior Código de Processo, em seu artigo 251 dizia expressamente que “A prova contra presunção legal será sempre admitida, salvo quando a própria lei a excluir”.

¹⁰³ No Código Civil francês e nos que seguiram o seu modelo, o critério de distinção é lógico e prático. “Uma regra legal e geral dispõe quanto às hipóteses de presunções que não admitem prova contrária e tais são as presunções absolutas. Todas as demais são condicionais”. A norma diz o seguinte: “Nenhuma prova é admitida contra a presunção da lei, quando, fundando-se nessa presunção, anula certos atos ou nega a ação em juízo, a menos que haja reservado a prova em contrário, salvo o que form dito sobre o juramento e a confissão judicial”. O Código Civil Italiano, de 1865, na espécie, copiou o francês, apenas excluindo a última restrição. “Não é admitida nenhuma prova contra a presunção legal, quando, fundando-se nesta, se anulam certos atos ou se nega ação em juízo, a não ser que a lei haja reservado a prova em contrário” (Op. cit., p. 398).

Há presunção absoluta de que os menores de 18 (dezoito) anos não atingiram a capacidade total de discernimento e por isso não devem ser responsabilizados criminalmente, imposição legal que não admite prova em contrário e sobre a qual não há discussão. Por outro lado, a presunção de violência pela menoridade nos crimes contra os costumes é muito discutida, dividindo-se doutrina e jurisprudência sobre a sua natureza, se absoluta ou relativa.

De qualquer modo, o ponto de partida da interpretação deve obedecer à premissa de que, em regra, as presunções devem ser relativas¹⁰⁴, como adverte Moacyr Amaral¹⁰⁵, porque o estabelecimento por lei de fato como verdadeiro tem que ser usado de maneira restrita, haja vista que não está amparado numa certeza absoluta, podendo, então, ocorrer erro. Inclusive essa é a crítica severa que se coloca às presunções absolutas, pois impedem a parte contra quem é invocada de demonstrar o contrário.

A exceção, portanto, deve ser a presunção absoluta, tendo-se presente que:

[...] a inadmissibilidade da prova em contrário se dá tão somente naqueles poucos casos em que a lei considera indispensável, por motivo de ordem pública ou de interesse coletivo, que o fato, ou a relação jurídica, a que se refere a presunção, seja assegurado contra a instabilidade resultante das provas morais. A lei entende necessário prevenir, de modo absoluto, a insegurança relativamente à situação jurídica de que cogita, e, conseqüentemente, estabelece a certeza absoluta do fato ou da relação jurídica¹⁰⁶.

¹⁰⁴ “O sentido da oração é que dirá qual o tipo de presunção, interpretando-se sempre de modo restrito o alcançadas absolutas” (MAGALHÃES, Humberto Piragibe. Op. cit., p. 35).

¹⁰⁵ Op. cit.

¹⁰⁶ Ibid., p. 401.

Em caso de dúvida, prossegue o mestre, o melhor critério é investigar o motivo que levou o legislador a estabelecer a presunção e verificar se ela obedeceu à razão de ordem pública ou se teve como fim assegurar a estabilidade de uma relação de ordem geral, concluindo pela absoluta no primeiro caso.

Esses critérios, portanto, são a base para que se faça a distinção, não se duvidando de sua insuficiência para solucionar todas as questões, especialmente porque no âmbito penal as matérias são de ordem pública e interesse coletivo, variando apenas no nível de gravidade e relevância, e em consonância com os interesses privados das vítimas.

4.4.1.4 *Presunções legais e presunção de inocência*

As presunções legais, em especial a absoluta, sofrem grande resistência na sua aplicabilidade, sob vários argumentos, dentre os quais a violação de princípios penais como responsabilidade subjetiva e lesividade, bem como a garantia constitucional da presunção da inocência.

Cabe aqui analisar em que ponto pode existir o confronto entre presunções legais e presunção da inocência, investigando-se a sua procedência.

O princípio da presunção da inocência tem assento constitucional no Brasil, instituído em 1988 e previsto no artigo 5º., inciso LVII, *in verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O conteúdo dessa previsão constitucional provoca divergências de opiniões, de acordo com as correntes de pensamentos liberais ou antiliberais, vinculados ao tradicional conflito que se estabelece entre o *ius puniendi* (estatal) e o *ius libertatis* (do cidadão), tendo como base a própria concepção política de Estado, isto é, se liberal ou totalitário.

De fato, a corrente mais liberal se ampara nesse princípio constitucional para justificar um amplo rol de garantias individuais. Já a posição oposta reconhece o direito de defesa consistente na indiscutível garantia de que o indivíduo tem de não ser considerado culpado antes da sentença penal condenatória definitiva, o que não se confunde com ser considerado inocente, podendo, portanto, sofrer algumas restrições em suas garantias.

Sem embargo, certo é que algumas conseqüências jurídicas são inafastáveis, conforme destaca Luiz Flávio Gomes¹⁰⁷, dentre as quais: a) acesso à jurisdição; b) o controle de constitucionalidade das leis que exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais; c) a aplicação imediata do preceito, tal como previsto na C.F.; e d) a vinculação de todos (poderes públicos ou particulares), que lhe devem estrita obediência.

¹⁰⁷ *A presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4 (Série As Ciências Criminais no Século XXI), p. 114.

A faceta mais ostensiva da presunção da inocência refere-se ao campo probatório¹⁰⁸, e é nesse particular aspecto que se argumenta sobre a existência de conflito das presunções legais com o princípio constitucional ora examinado.

O princípio maior, sustenta-se, é a presunção de inocência enquanto não se comprova legalmente a culpabilidade do acusado. Esse ônus de comprovar os fatos atribuídos ao acusado cabe à acusação (artigo 156 do Código de Processo Penal). É por isso, afirma Luiz Flávio¹⁰⁹, que referido princípio tem íntima ligação como três outros princípios de natureza penal, que são: a) princípio do fato (Direito Penal do fato); b) princípio do *nullum crimen sine iniuria* (Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico); e c) princípio da imputação pessoal ou subjetiva (Direito Penal da culpa).

Assim, a presunção de fato viola o princípio do fato; a presunção de lesão ou o perigo ao bem jurídico (perigo presumido) viola o princípio do *nullum crimen sine iniuria*; viola-se o princípio da responsabilidade subjetiva quando o legislador presume a participação de determinadas pessoas num específico crime.

Os argumentos contrários à constitucionalidade das presunções legais, todavia, embora sedutores e até corretos em alguns tipos penais mal elaborados, não tem o condão de impedir a previsão delas em todas as situações.

¹⁰⁸ Ensina Antônio Magalhães Gomes Filho, que no campo probatório, a presunção da inocência tem vários significados, como: a atividade probatória deve tender à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas apresentadas pelo acusado; não pode servir à mera ratificação dos elementos colhidos no inquérito; não se pode obrigar o acusado a colaborar na investigação dos fatos; e, incompatibilidade com a absolvição por falta de provas (*Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39).

¹⁰⁹ Op. cit., p. 115.

Os ataques mais efetivos às presunções concentram-se nos tipos penais de perigo e na presunção de violência nos crimes sexuais, temas que serão analisados mais detalhadamente em item próprio, mas que aqui já se faz pequena antecipação para justificação preliminar.

Viola-se o princípio da lesividade apenas quando o tipo penal de perigo for criado em desconformidade com a técnica adequada, ou quando for desnecessária a tutela jurídica. Deve-se observar, na sua construção, os princípios básicos penais, dentre eles a taxatividade na descrição, cuidando especialmente de não instituir tutela inócua, pois nesse caso sim a ofensa ao princípio penal e constitucional estaria configurada. Assim, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, respeitando-se rigorosamente a técnica de tipificação, não haverá ofensa ao princípio da lesividade porque a situação presumida como de perigo realmente estará amparada em base sólida, como ocorre, i.e., no crime de moeda falsa, em que se presume abstratamente o perigo da conduta, antecipando-se a tutela porque absolutamente necessário para proteção ao bem jurídico tutelado.

Inúmeros são as condutas em que, igualmente ao que ocorre no crime de moeda falsa, devido ao perigo que representam ao bem jurídico, há necessidade de reprovação penal, antecipadamente. São os casos, dentre tantos, da posse e guarda de substância entorpecente para mercancia (art. 12 da Lei 6.368/76); a posse e porte de arma de fogo (artigos 12 e 14 da Lei 10.826/03); os crimes classificados como de perigo comum (Título VIII) do Código Penal, destacando-se o incêndio (artigo 250); posse ou transporte de explosivo ou gás

tóxico ou asfixiante (artigo 253); envenenamento de água potável , de uso comum ou particular (artigo 270); falsificação de produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais (artigo 273); isto para não citar diversos crimes de perigo comum, como abandono de recém-nascido (artigo 134) e principalmente os crimes cujo bem jurídico tutelado é difuso, como o meio ambiente.

Imprescindível, portanto, a tutela de perigo, não se justificando puramente sua eliminação. Como diz Luis Greco¹¹⁰, o “principal erro dos inimigos do perigo abstrato é achar que, criticando esta figura, resolverão todos os problemas. A rigor, os problemas apenas começarão a aparecer”.

Quanto aos outros argumentos, é preciso destacar que por meio de presunção não se cria fato criminoso ou parte dele – próprio das ficções – e nem se imputa subjetivamente o crime a alguém por meio dela. Tão somente a presunção consiste num recurso para se descobrir a existência do fato desconhecido, que no Direito Penal são as elementares e circunstâncias subjetivas ou objetivas do tipo.

Ademais, o afastamento da presunção legal não eliminará a necessidade de, na maioria dos casos, empregar a presunção *hominis* para se concluir a respeito da ocorrência ou não do fato desconhecido, ficando claro, portanto, porque não se diferenciam na essência, que a apontada inconstitucionalidade não tem base e que o emprego da presunção é indispensável ao legislador e ao intérprete no plano do direito penal material.

¹¹⁰ Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, p. 136, 2004.

Evidente que a presunção legal absoluta deve ficar reservada apenas aos casos em que a ofensa ao bem jurídico, pela sua gravidade, pela dificuldade de reparação, pelos danos difusos que podem provocar e pela impossibilidade de demonstrar individualmente a lesividade da conduta, exige a proteção antecipada, empregando-se a técnica jurídica correta para eliminar hipóteses de tutela indevida.

A criação de hipóteses em que o elemento subjetivo é presumido por força da conduta objetivada, evidentemente que representa ofensa ao princípio da inocência, uma vez que na verdade estar-se-ia criando hipótese de responsabilidade objetiva.

Também não se admite a criação normativa de fato criminoso inexistente, até porque isso corresponderia à hipótese de ficção e não presunção, sem contar a ofensa direta ao princípio da legalidade.

4.4.2 *Presunção judicial*

Chiovenda¹¹¹ assevera que presunções *hominis ou facti* são aquelas de que se serve o juiz¹¹², durante a lide, para formar seu convencimento, de modo

¹¹¹ *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tradução de E. Gomes Orbeneja. Madrid: Rev. de Derecho Privado, t. II, p. 281 apud ANDRADE, Cristiano José de. Op. cit., p. 88.

¹¹² Pontes de Miranda (Op. cit., p. 279), no mesmo sentido, afirma que “tais presunções podem irradiar-se de convicção do juiz, ou de qualquer pessoa. Fatos de relevância podem levar a convencer-se alguém, inclusive o juiz, de que alguma afirmação (positiva ou negativa) é de se ter como verídica: aí a pessoa ou o juiz presume”.

análogo a como faria qualquer raciocinador fora do processo. Quando, segundo a experiência que temos da ordem normal das coisas, um fato é causa ou efeito de outro fato, ou o acompanha, conhecida a existência de um deles e presumida a existência de outro. A presunção é, por conseguinte, um convencimento fundado sobre a ordem natural das coisas, e que dura até prova em contrário. *"La ley llama presunciones a los mismos hechos de los que se deduce da existencia de otros; pero con más propiedad denominanse tales hechos indicios"*.

Mirabete¹¹³ faz a distinção entre indício e presunção *hominis* afirmando que “esta se funda também na experiência, mas por ela se considera como ocorreu um fato não provado, ou seja, é um conhecimento fundado sobre a ordem normal das coisas e que dura até prova em contrário”.

Pontes de Miranda¹¹⁴, igualmente, afirma que não se podem confundir tais expressões, uma vez que os “indícios apenas indicam, sem se saber se a indicação basta. Pode provar, ou apenas ser um dado para conclusão, que de outros dados precisa”.

As presunções *hominis*, esclarece Arruda Alvim¹¹⁵, têm lugar toda vez que a lei não as assumir de forma expressa, pois que, de forma implícita as assumiu, ao se referir à possibilidade de o juiz fazer uso das “máximas de experiência”, diferenciando-se das presunções legais, portanto, porquanto nestas

¹¹³ Op. cit., p. 343/344

¹¹⁴ Op. cit., p. 279.

¹¹⁵ Op. cit., p. 544.

[...] tem-se um fato provado (que seria o indício, mas, no caso de a presunção ser legal, recebe o nome de fato auxiliar, ou fato base), e um fato que se tem por provado, em função de ter sido aquele efetivamente provado. A existência do fato presumido é o aplicador da lei levado a considerar, porque se provou (diretamente) o fato auxiliar, mas, deste vez, não só porque o fato probando normalmente teria ocorrido (como seria na presunção *hominis* mas, sim, por força da lei. Ambos os fatos (auxiliar e principal) vêm referidos pela lei, ao contrário do que ocorre na presunção *hominis*.¹¹⁶

As presunções legais, aliás, historicamente são originadas nas normas de experiência que, por sua importância e incidência, foram erigidas à condição de verdades preestabelecidas pelo legislador. *Mutatis mutandis*, são como os princípios gerais de direito, que acabam sendo incorporados ao ordenamento como regras jurídicas.

De fato, nesses casos, como regra, o legislador impõe a presunção na própria lei, haja vista que a hipótese regulada goza de tamanha probabilidade de ocorrência, dela decorrendo também a possibilidade de prova em contrário ou não, que então já se tem o resultado previamente estabelecido, fixando-o formalmente como verdadeiro.

4.5 Máximas da experiência

As máximas da experiência são regras que expressam aquilo que acontece na maioria dos casos, ou seja, de casos similares. São extraídas de casos tanto da experiência comum como também de conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura do homem.

¹¹⁶ Ibid., mesma página.

Friedrich Stein¹¹⁷ as definiu como:

[...] juízos hipotéticos de conteúdo geral, independentes do caso concreto que se tem de julgar e de seus elementos particulares, e que são adquiridos pela experiência, mas que são autônomos em face dos casos particulares, de cuja observação se deduzem, e que pretendem ter valor em relação aos casos novos.

A experiência comum, segundo Greco¹¹⁸, é extraída da observação do que ordinariamente acontece em dado grupo social, em determinada circunstância; já a experiência técnica é a resultante da aplicação ou atuação das leis da natureza, que o juiz pode conhecer ou, não sendo técnico, trazer aos autos por meio da prova pericial.

A experiência, esclarece Paolo Tonini¹¹⁹, pode permitir a formulação de um juízo de relação entre fatos:

[...] existe uma relação quando se conclui que uma determinada categoria de fatos vem acompanhada de uma outra categoria de fatos. Com base nesse princípio emerge o seguinte raciocínio: em casos similares há um idêntico comportamento humano.

Este raciocínio permite apurar um fato histórico quando não há certeza absoluta, mas uma grande probabilidade. A máxima de experiência, afirma, “é uma regra e, portanto, não pertence ao mundo dos fatos; gera um juízo de

¹¹⁷ *La scienza privata Del giudice*, 1893, p. 103 apud GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 182.

¹¹⁸ *Ibid.*, mesma página.

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 55.

probabilidade e não de certeza. Todavia, não existe outra possibilidade de acerto quando não é disponível uma válida prova representativa”¹²⁰.

No mesmo sentido Greco¹²¹, asseverando que

[...] as regras da experiência, comum ou técnica, não estão no plano dos fatos e, portanto, do ônus da prova, podendo e devendo o juiz aplicá-las de ofício, como faria com as presunções legais. [...] Ela atua de forma idêntica às presunções legais: de um fato conhecido que sozinho não tem consequências jurídicas de interesse, chega-se a um fato desconhecido, relevante para o processo, sendo o seu efeito a dispensa do ônus da prova de quem a tem a seu favor. [...] arrematando que o ‘erro quanto à máxima de experiência equivale à violação da lei, porque, embora não sendo norma legal, é parte da premissa maior do silogismo da sentença’.

Com efeito, a elementar “mulher honesta”, no abolido crime de rapto, depreendia-se a partir de regras da experiência cultural, de modo que o erro sobre a interpretação do seu entendimento incidia diretamente na aplicação da lei, uma vez que esse conhecimento fazia parte dela própria.

Daí a advertência de Paolo Tonini¹²² sobre os aspectos de incertezas do raciocínio, destacando que o primeiro deles está em estabelecer, entre diversos fatos históricos humanos irrepetíveis, quais são os elementos “similares” e se prevalecem, ou não, sobre os elementos “não similares”. O segundo aspecto de incerteza, prossegue, está no fato de que, apesar de o comportamento humano ser, em boa parte, vinculado aos instintos e às pressões, não se pode dizer que o agir de

¹²⁰ Salienta Paolo Tonini (Ibid., mesma página), que a prova representativa e o indício diferenciam-se não pelo objeto a ser provado, mas pela estrutura do procedimento lógico. O objeto a ser provado pode ser o fato do crime ou uma circunstância indiciária. Esta última, na verdade, pode ser atestada por meio de uma prova representativa ou de uma prova lógica (por exemplo: a presença do acusado no lugar do crime pode ser provada por meio de uma testemunha ou de uma impressão digital).

¹²¹ Op. cit., p. 182.

¹²² Op. cit., p. 55.

um homem é completamente determinado, em concreto, pelas regras formuladas. “As máximas da experiência nos indicam somente que existe a probabilidade de que uma pessoa, em uma situação similar, comporte-se de uma determinada maneira”.

As máximas da experiência comum, portanto, contêm um elemento intrínseco variável, que reside na possibilidade de existir um resultado diverso daquele indicado pela ocorrência de casos similares, de acordo as diversidades culturais e subjetivas. Ou seja, as regras delas extraídas sofrem alterações motivadas por desigualdade de tempo, lugar e cultura prevalecente, e inclusive de pessoa para pessoa, uma vez que subordinadas a esses critérios.

Assim, a inexistência de antecedentes criminais leva à presunção, por comparação com casos similares, de que o acusado não tem personalidade criminosa, circunstância judicial que influencia na aplicação da pena e concessão de benefícios penais, como o livramento condicional. Trata-se, portanto, de uma presunção extraída de regras de experiência comum. Não se pode garantir, de outro lado, que esse agente realmente não seja perigoso, porque essa circunstância, de natureza subjetiva, por não ter se exteriorizado, constitui-se num obstáculo ao raciocínio presuntivo, justamente porque é uma condicionante que pode modificar a conclusão sobre o fato probando.

No mesmo sentido, o que se pode presumir como ofensa à honra nos centros urbanos pode não corresponder à realidade interiorana, o mesmo se podendo dizer em relação a regiões e países. As variações temporais, igualmente, geram mudanças culturais importantes, muitas vezes em curto espaço de tempo,

bastando lembrar do que se entende hoje por ato obsceno nas praias e o que se entendia há 20 anos.

Quando baseada em conhecimentos técnicos e científicos, a presunção, em outra esteira, tende logicamente a ganhar maior aceitação de conclusão, isso porque gerada a partir de fatos ou conhecimentos de cuja certeza se tem mais confiabilidade, porque aceita por todos.

As leis científicas, ensina Paolo Tonini¹²³,

[...] têm a característica da generalidade, da experimentação e do controle, diversamente das regras de experiência comum. São gerais no sentido de que não admitem exceções. São passíveis de experimentação porque o fenômeno científico deve ser transportado a reconstituição mensuráveis quantitativamente, pois são obviamente passíveis de repetição e controláveis pelos cientistas por meio de processos que verificam a medida dos fenômenos e a validade das leis.

É por isso que se contesta a presunção nesses casos como prova lógica, afirmando-a crítica, justamente porque fulcrada em leis da natureza, científicas, que demonstram certeza. Não há razão, porém, para esta dúvida, uma vez que o procedimento lógico permanece o mesmo, a premissa menor como o fato conhecido, e a premissa maior como a lei científica substituindo a máxima da experiência, ambas no sentido, todavia, de se alcançar o desconhecido que se pretende demonstrar.

¹²³ Ibid., p. 56.

Essas regras de experiência, enfim, sejam comuns ou técnicas, dão suporte ao raciocínio presuntivo. O limite da liberdade de raciocínio do juiz, destarte, é indefinido, não se podendo, então, igualmente às presunções legais, estabelecer certezas absolutas ou relativas, até porque “experiência” é conceito vago e que embora possa ser “comum” à grande parcela das pessoas, dependerá para o estabelecimento dos limites da própria compreensão do intérprete, segundo seus conhecimentos – o que certamente comportará variações, ainda que sobre temas concordantes.

Grande parte das presunções admissíveis no Direito Penal é dessa natureza, e impõem ao próprio julgador a tarefa de analisar sua integração à regra de direito material. Citem-se ainda, como exemplos, a inobservância do dever de cuidado e a previsibilidade no crime culposos; o potencial conhecimento da ilicitude do fato e a inexigibilidade de conduta diversa como elementos formadores da culpabilidade; a periculosidade do agente como critério para concessão ou não de benefícios, dentre tantas outras hipóteses, sendo certo que em todas elas o julgador, para chegar ao fato probando ou principal, haverá de empregar o raciocínio a partir do processo presuntivo baseado na experiência comum ou técnica.

Em resumo, indício é o fato conhecido, provado ou base; dedução é o processo mental, o caminho percorrido pelo raciocínio, do fato provado até o probando; e presunção é justamente a conclusão, o resultado dessa operação mental, iniciada a partir do fato conhecido que permite atingir o desconhecido por meio do raciocínio dedutivo.

5 FICÇÕES

Na linguagem filosófica, ficção vem do latim *fictione*, ou seja, ato ou efeito de fingir, simulação, artifício, coisa imaginária, fábula, aparência, ilusão¹²⁴.

No plano jurídico, engloba uma criação do legislador e significa considerar como verdadeiro um fato que realmente não o é. Na ficção, como asseverou Paulo Rangel¹²⁵, “afirma-se acontecer aquilo que jamais acontece de verdade. Fingimos coisas que sabemos não serem verdadeiras”.

As ficções jurídicas são regras de direito material que, propositadamente, criam uma verdade legal contrária à verdade natural, fenomênica. Alteram a representação da realidade ao criar uma verdade jurídica que não lhe corresponde, e produzem efeitos jurídicos prescindindo da existência empírica dos fatos típicos que originalmente ensejariam tais fatos.

O legislador faz uma valoração jurídica, dentro de uma norma legal, de um fato pré-jurídico que acontece no mundo natural, desvinculando desse fato os seus efeitos normais e criando uma verdade jurídica diferenciada da verdade real.

¹²⁴ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. Op. cit.

¹²⁵ Op. cit., p. 436.

Trata-se, portanto, de criação de uma verdade jurídica distinta da realidade extrajurídica, mas não necessariamente um falseamento da realidade¹²⁶.

Para Karl Larenz¹²⁷ a:

[...] ficção jurídica consiste na equiparação voluntária de algo que se sabe desigual – por vezes também em pôr como desigual o que se sabe igual...As ficções legais têm normalmente por fim a aplicação da regra dada para um fato previsto (F1) a outro fato previsto (F2). São então encobertas remissões. Em vez de ordenar, as conseqüências jurídicas de F1 vigoram também em F2 (ou: quando se verifica F2 aplicam-se as mesmas regras que no caso F1), a lei ‘finge’ que F2 é um caso de F1 (F2 é havido como F1, F2 ‘vale’ F1). Como a lei não contém declarações, mas sim ordenações de vigência, temo aqui não afirmação de que F2, seja ‘na realidade’ idêntico a F1 ou um caso de F1, mas a instrução de que no caso F2 se produzem as mesmas conseqüências jurídicas que no caso F1. Só para alcançar este objetivo é que F2 deve ser ‘considerado’ (por quem aplica a lei) ‘como se’ fosse F1. Se, pelo contrário, F2, embora de fato o seja, então quer a lei por esse meio excluir para F2 as conseqüências jurídicas de F1 (que, senão, se produziram) – trata-se então de uma encoberta restrição.

Esse fingimento criado pela lei tem por objetivo, esclarece Moacyr Amaral¹²⁸, atribuir ao fato ou ato fingido determinados efeitos desejados, que não poderiam existir não fosse a ficção.

As demais definições que se encontram na doutrina não se extremam das apresentadas, sempre com a lembrança de que se constituiu o meio pelo qual o legislador cria uma disposição legal aceitando como verdadeiro algo que manifestadamente não o é, supondo existir na ordem natural da verdade o que na realidade não existe, seja na sua essência ou nos seus efeitos, visando possibilitar que o direito atinja os seus fins.

¹²⁶ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e ficções no direito tributário e no direito penal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35/36.

¹²⁷ *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José de Souza Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 240/241 apud *Ibid.*, p. 37.

¹²⁸ *Op. cit.*

Trata-se, portanto, em resumo, de um processo técnico-jurídico que consiste em supor uma dada situação, considerada real por artifício da lei, para dela deduzir efeitos jurídicos que não poderiam ser extraídos sem ela.

5.1 Classificação das ficções

A doutrina conhece duas ordens de ficções. Uma, chamada ficção *prática ou construtiva* (Unger) ou *histórica* (Ihering). Outra, chamada *teórica* (Unger) ou *dogmática* (Ihering).

Dessa maneira, pode-se dizer que as ficções são classificadas em construtiva ou histórica e teórica ou dogmática.

5.1.1 *Ficção construtiva ou histórica*

“São aquelas verdades jurídicas criadas pelo legislador visando disciplinar acontecimentos novos, adaptando-os às instituições já existentes. Sendo assim, claro está seu caráter de expediente de desenvolvimento do direito”¹²⁹.

¹²⁹ NOGUEIRA, Liz Coli Cabral. As ficções no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p. 145, out./dez. 1969.

Moacyr Amaral Santos¹³⁰ acrescenta que consiste:

[...] no poder do pensamento jurídico atribuir a um fato, ou relação, efeitos que tem em vista, fazendo para tanto uso de um fato, ou relação, que comporta o efeito querido, e cogitando apenas desse efeito com desprezo dos demais.

Trata-se, prossegue,

[...] de espécie de larga aplicação nos períodos de civilização em crescimento, ou naquelas fases da civilização em que o pensamento jurídico não pode ou não ousa criar novas leis. Por meio de tais ficções, quando um grande acontecimento acarreta radicais mutações na ordem social, demolindo o velho edifício para reconstituir um novo, ou quando um direito estrangeiro se introduz e prepondera ou influencia, forçando o direito nacional a adapta-lo às suas necessidades, o pensamento jurídico, ante a inexistência de lei precisamente reguladora da espécie, tomando por modelo uma relação já regulada pela lei, extrai, por comparação ou equiparação, os efeitos da nova relação jurídica não prevista pela mesma lei.¹³¹

Poder-se-á conceber, como exemplo de ficção histórica no modelo penal vigente, a criação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pela Lei 9.605/98¹³², no seu artigo 3º. Antes era absolutamente repudiada em face da ofensa a princípios basilares do Direito Penal, como a responsabilidade subjetiva e a culpabilidade – com o que grande parte da doutrina ainda concorda, uma vez que foi fruto da crescente exigência de reprovação criminal às modernas e, até então, desconhecidas formas de criminalidade, notadamente a difusa, como nas infrações contra o meio ambiente e ordem econômica, e que decorreu inicialmente de aceitação internacional desde meados do século passado, paulatinamente sendo

¹³⁰ Op. cit., p. 377.

¹³¹ Ibid., mesma página.

¹³² Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto esta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

introduzida nas legislações alienígenas até atingir a brasileira com a constituinte de 1988.

5.1.2 *Ficção teórica ou dogmática*

São aquelas que resultam de uma operação intelectual chamada pela doutrina de abstração lógica.

Ihering é de opinião que a função dogmática da ficção é a que tende a facilitar a percepção jurídica, a representar sob uma forma um pouco imaginada, uma situação de direito difícil de interpretar por si própria [...]. Já Unger insiste no contrário, dizendo: 'é preciso, como penso, distinguir duas categorias de ficções: práticas e teóricas. As últimas, chamadas dogmáticas por Ihering, são o resultado de uma operação teórica: não realizam nada, apenas esclarecem por meio de comparação e facilitam por ela a exposição e compreensão do direito vigente. Tais ficções teóricas esclarecem toda esta série de antecedentes e são recursos oportunos ao pensamento jurídico. A ficção teórica nada mais significa que: considere-se 'b', como se fosse 'a', tome-se 'b, por 'a'¹³³.

Lembra Moacyr Amaral¹³⁴ que estas são chamadas de *invenções do direito*, e, porque são criadas pela lei, recebem a denominação de *legais*. São, na verdade, criações arbitrárias da lei, que admite como verdadeiro algo que realmente não o é. Somente a lei, como adverte o mestre, pode criá-las, estabelecendo por meio dela uma verdade artificial, “diversa e até mesmo contrária à verdade real”, podendo ser comparada à ficção e à verdade, exemplificamos com um quadro para o fato ou para o objeto que o pintor pretende reproduzir, o qual toma emprestado todos os traços da verdade e lhe segue o caminho como a sombra o corpo.

¹³³ NOGUEIRA, Liz Coli Cabral. Op. cit., p. 145.

¹³⁴ Op. cit., p. 377.

É exemplo o conceito de funcionário público por equiparação para atingir, além daqueles que realmente o são, como o integrante da administração direta, outros que participam de órgãos ou empresas ligadas direta ou indiretamente à Administração Pública e que atuam prestando serviços de natureza pública, como os ocupantes de “cargo, emprego ou função em empresa paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratado ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (artigo 327, § 1º. do Código Penal).

5.2 Características das ficções

Salienta Jose Luiz Perez de Ayala¹³⁵, que para existir uma ficção jurídica faz-se necessária a presença das seguintes características:

- a) Uma norma jurídica que recolha em seu texto uma realidade ou dado pré-jurídico (para atribuir-lhe determinados efeitos jurídicos ou submetê-la a um conjunto de normas jurídicas);
- b) Que nesse processo a norma violente substancialmente a natureza pré-jurídica daquela realidade;
- c) É preciso que exista um conceito ou uma valoração pré-jurídica contida em uma norma e uma realidade pré-jurídica, de forma que exista uma discrepância essencial entre uma e outra;

¹³⁵ *Lãs ficciones em el derecho tributário*. Madrid: Derecho financeiro, 1970, p. 17 apud SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Op. cit., p. 39/40.

d) A discrepância pode dar-se de forma direta (mediante a definição normativa de um conceito que violenta essencialmente a realidade pré-jurídica – caso das ficções típicas) ou por via indireta, quando a norma jurídica, sem dar um conceito próprio de uma realidade pré-jurídica, assemelha-se à outra essencialmente diferente em sua natureza pré-jurídica para aplicar-lhe a norma elaborada para aquela (ficção equiparadoras ou impróprias).

O que difere a norma jurídica que traz em seu bojo uma ficção e uma outra norma jurídica qualquer, destaca Isso Chaitz¹³⁶, “é a substancial violação da realidade, posto que todas as normas fazem uma abstração e valoração da realidade, e logicamente, por isso, não se confundem com essa mesma realidade”.

E com apoio em Jose Luis Perez de Ayala¹³⁷, arremata dizendo que quando:

[...] o conceito jurídico posto na norma é resultado de uma construção jurídica e não existe, além deste conceito jurídico, um conceito natural ou pré-jurídico com que este pode ser comparado, já não estamos diante de uma ficção, mas sim de uma construção intelectual do direito pura, isto é, diante de um dogma. A ficção somente existe quando ocorra dualidade de conceitos (ou dualidade de construções sobre o mesmo conceito), um jurídico e outro natural, e quanto exista discrepância essencial entre eles. No caso da construção intelectual de um conceito puro falta a primeira das condições e, portanto, não é possível concluir a existência da segunda, não havendo, aí, ficção jurídica.

¹³⁶ Ibid., p. 40.

¹³⁷ Op. cit., p. 125 apud Ibid., p. 42.

O dogma da busca da verdade real não é uma ficção porque se trata de uma construção pura, é uma verdadeira meta inspiradora. No entanto, não traz colada a contradição com a realidade, própria da ficção, em que o legislador cria pela imposição da norma uma realidade ou verdade artificial porque em contradição com a real.

Seguem alguns exemplos de ficções no Código Penal e legislação extravagante.

- 1) artigo 5º. § 1º. – território por extensão;
- 2) art 15 – desistência e arrependimento eficaz – agente só responde pelos atos praticados;
- 3) art. 20, § 3º – erro sobre a pessoa – consideração das condições ou qualidades da vítima virtual;
- 4) artigo 42 – detração – tempo de prisão provisória, administrativa e civil como pena cumprida;
- 5) artigo 43, incisos I e II – prestação pecuniária e perda de bens e valores como penas restritivas de direitos;
- 6) artigo 51 – transformação de pena de multa em dívida de valor;
- 7) artigo 63 – reincidência ficta;
- 8) artigo 71 – Crime continuado – crime único;
- 9) artigo 73 – erro na execução – consideração das condições ou qualidades da vítima virtual;
- 10) artigo 150, § 4º. – compreensão da expressão casa;

- 11) artigo 155, § 3º. – equiparação da energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico, à coisa móvel;
- 12) artigo 180, § 3º. – equiparação do comércio clandestino ou irregular à atividade comercial;
- 13) artigo 200, parágrafo único – abandono coletivo por no mínimo três pessoas;
- 14) artigo 224 – ficção de violência;
- 15) artigo 297, § 2º. – equiparação de título ao portador, ações de sociedade comercial, livros mercantis e testamento particular, a documento público;
- 16) artigo 327, §§ 1º. e 2. – equiparação à funcionário público;
- 17) artigo 334 - Artigo 180, § 3º. – equiparação do comércio clandestino ou irregular à atividade comercial, para efeito de contrabando ou descaminho;
- 18) artigo 337-D – equiparação à funcionários estrangeiro;

Legislação extravagante

- 1) Lei das Contravenções Penais – artigo 50, § 4º., letra “a” – equiparação de lugar acessível ao público de casa particular em que se realizam apostas
- 2) Lei 9.605/98 – artigo 3º. – responsabilidade penal da pessoa jurídica

5.3 Distinções entre ficções e presunções

Desde logo é bom ressaltar que tal distinção apenas tem relevância quando se examina a ficção e a presunção criadas por lei, porque é nela que se percebe a existência de semelhança.

Diferencia-se a ficção da presunção pois, na primeira “há a assertiva de que acontece aquilo que jamais, realmente acontece”, enquanto que na presunção, “há assertiva de que ocorre sempre o que normalmente ocorre”¹³⁸.

Pontes de Miranda¹³⁹ tratou com propriedade do tema.

Na ficção, explica, tem-se A, que não é, como se fosse. Na presunção legal absoluta, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse. Na presunção *iuris tantum*, e na de *iure*, tem-se A, que pode não ser, como se fosse, ou A, que pode ser, como se não fosse, admitindo-se prova em contrário.

Embora exista aparência de semelhança entre a ficção e a presunção absoluta, visto que ambas são imposições normativas que não admitem prova em contrário¹⁴⁰, vale dizer, são afirmações preestabelecidas por lei e basilares, a partir delas se busca atingir o conhecimento desejado. Contudo, o fato é

¹³⁸ RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 437.

¹³⁹ Op. cit., p. 277.

¹⁴⁰ “Na verdade, entre as presunções legais absolutas e as ficções há um ponto de contato, pelo qual ambas se parecem: umas e outras não admitem prova contrária. Haverá, pois, identidade de efeitos” (SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 380).

Raphael Cirigliano assevera, igualmente, que há autores que equiparam a presunção *iuris et de jure* à ficção pela identidade de seus efeitos, “pois em relação a uma e a outra, é proibida a admissão de prova contrária. Entendem outros, porém, que, não obstante essa identidade, a diferença é de ser mantida pela dessemelhança de origem e constituição, além de que a distinção evitará erro entre ficção e presunção *iuris tantum*” (Op. cit., p. 367).

que há sim claras distinções, justamente porque naquela o legislador estabelece como paradigma um fato que não existe; ao contrário do que ocorre com as presunções, em que simplesmente se afirma algo que normalmente acontece.

Nas sábias palavras de Pontes de Miranda¹⁴¹:

[...] as ficções são mais do que as presunções legais, ainda absolutas. A ficção 'enche de artificial o suporte fático; a presunção legal apenas tem como acontecido, ou não acontecido, o que talvez não aconteceu, ou aconteceu. A ficção tem no suporte fático elemento de que não poderia induzir a situação eu ela prevê. Daí nada se presumir, quando se elabora a ficção [...]. À base das presunções legais está julgamento sobre fatos que não se podem conhecer facilmente, ou que de ordinário escapam à investigação [...]. A ficção abstrai de toda consideração de probabilidade: o legislador mesmo prescindiu de toda exploração real; pareceu-lhe melhor criar o elemento ou elementos do suporte fático e impô-los, como se fossem reais, ao mundo jurídico'.

Na síntese bem formulada de Frederico Marques¹⁴², na presunção há verdades formais, e na *fictio juris* as verdades são artificiais. A ficção, diz:

[...] versa sobre fatos e sobre questões jurídicas, enquanto que a presunção só recai sobre fatos. A presunção legal funda-se em um preceito jurídico que liga o conhecido ao desconhecido, harmonizando-os com os princípios da experiência, ao revés da ficção que opera a conexão, não de acordo com a experiência, e sim em contrário a esta.

Em outras palavras, na ficção o legislador cria uma artificialidade, ou seja, um evento que na realidade não existe e que sequer tem amparo nas regras de experiência, enquanto que na presunção há previsão de um evento natural, provável de acontecer ou não, que fica, todavia, antecipadamente definido pela lei.

¹⁴¹ Op. cit., p. 277.

¹⁴² Op. cit., p. 349.

Jose Luis Perez de Ayala¹⁴³ também distingue ambas as expressões asseverando que a presunção legal consiste no fato de a lei atribuir a certos fatos jurídicos materiais (A) um efeito dado relacionado a outro fato (B) que, segundo a experiência, acompanha-lhe. Na ficção, em outra esteira, faltam essas características: o legislador, baseando-se em um fato conhecido cuja existência é certa (A), impõe a certeza jurídica de outro fato (B), não conhecido, cuja existência real é improvável ou falsa, pela circunstância de não existir uma relação natural entre ambos os fatos (A) e (B). Atribuindo, porém, a (A) os efeitos jurídicos imputáveis a (B), segundo o ordenamento positivo. De tal modo a ficção cria, em princípio, seu objeto jurídico, criando a presunção somente uma relação causal entre duas realidades ou fatos naturais.

Para Iso Chaitz Scherkerkewitz¹⁴⁴ a principal diferença entre as presunções e ficções é a decorrente da necessária correlação que deve existir nas presunções, entre o teor da norma e o fato natural e a inexistência e irrelevância que essa correlação tem nas ficções (que simplesmente desprezam a realidade natural, posto que a realidade da norma está totalmente dissociada do mundo dos fenômenos).

Moacyr Amaral¹⁴⁵, apoiado na doutrina estrangeira, destaca a distinção com base na gênese, estrutura e conteúdo.

¹⁴³ *Curso de derecho tributario*. 6.ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1991, t. 1, p. 357 apud SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Op. cit., p. 43.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 46.

¹⁴⁵ Op. cit., p. 379/380.

Relativo à gênese, diz que a presunção tem por ponto de partida a verdade de um fato: de um fato conhecido se infere outro desconhecido. A ficção, todavia, nasce de uma falsidade.

A ficção – escreve Fraga – ‘toma como alicerce um fundamento totalmente oposto ao da presunção, isto é, naquela a falsidade é o elemento inicial para construção da ficção, nesta a verdade de um fato é o ponto inicial para a investigação de outro desconhecido’.¹⁴⁶

Quanto à estrutura, ressalta igualmente a distinção. Na formação da presunção há um processo lógico, um raciocínio lógico. A lei, de um fato conhecido, deduz o fato desconhecido. Inteiramente diversa a estrutura da ficção: aqui, o legislador não usa de qualquer processo lógico, mas apenas “atendendo a especiais razões de conveniência pressupõe a existência de um fato que na verdade não existe, isto é, toma por verdade aquilo que realmente não o é”.¹⁴⁷

No seu conteúdo, por fim, há outro traço distintivo, uma vez que as presunções versam exclusivamente sobre fato, porque são conseqüências deduzidas de um fato conhecido para chegar a um desconhecido. As ficções, no entanto, versam sobre fato e sobre direito, porque o legislador, fundando-se num fato inexistente, constrói um instituto jurídico oposto à verdade.

Em resumo, as presunções são as conseqüências que a lei ou o juiz deduzem de um fato conhecido para chegar a um fato desconhecido, ou, em outras palavras, são conjecturas sobre uma coisa duvidosa que possa ter, ao menos, confronto com o verdadeiro, daí serem chamadas de verdades formais. Ao contrário,

¹⁴⁶ Ibid., mesma página.

¹⁴⁷ Ibid., mesma página.

as ficções partem do falso e ocupam o lugar da verdade; em função disso são chamadas de verdades artificiais.

Existem, todavia, como se anunciou supra, várias outras diferenças entre essas expressões, além dessa principal, e que foram elencadas didaticamente por Liz Coli Cabral Nogueira¹⁴⁸, exceto as já citadas, com sustentação na Enciclopedia Giuridica Italiana, conforme relação que segue:

- 1) As presunções que não são estabelecidas pela lei, são deixadas à prudência do juiz, que não deve admitir a não ser as presunções graves, precisas e concordantes e apenas nos casos em que a lei admita a prova testemunhal. As ficções, ao contrário, são de exclusiva alçada do poder legislativo;
- 2) As presunções estão colocadas na teoria das provas e admitem a prova em contrário; assim a própria *praesumptio juris et de jure* cede diante da confissão judicial que é *probatio probatissima*. Inversamente à confissão judicial, porque esta não pode destruir uma disposição legal;
- 3) As presunções, como todas as outras provas, podem ser opostas entre si e a maior vence a menor, o que não acontece com as ficções;
- 4) As presunções, sendo fundadas numa indução lógica, são muitas vezes extensivas; pelo contrário, as ficções são sempre de interpretação restrita;

¹⁴⁸ Op. cit., p. 143.

5) As presunções, como as demais provas, devem ser alegadas pelas partes porque o magistrado julga segundo o alegado e provado. Já as ficções, sendo fundadas sobre disposições de lei, devem ser aplicadas pelo magistrado de ofício, pois ele é o intérprete das leis;

6) O legislador pode transformar as presunções em ficções, mas não o inverso.

Há, ainda, o fato de as ficções serem baseadas, regra geral, em presunções, inexistindo nessa afirmação a recíproca.

De fato, o raciocínio presuntivo sempre parte de um fato certo e conhecido, qual seja, o indício, para se chegar a outro desconhecido. Muitas vezes o próprio legislador já incorpora na lei a base do raciocínio e estabelece, então, legalmente, a presunção, e outras vezes não. Por este motivo surgem as presunções *hominis*, como já verificado acima. Seja num caso ou outro, parte-se de um fato que é conhecido e certo, que tem correlação com a norma abstrata.

Já na ficção, não existe essa correlação porque abarca uma criação artificial, mas que tem no raciocínio presuntivo o seu espelho. Cria-se, muitas vezes, uma ficção a partir de uma presunção porque aquela, além de se apoiar apenas em norma jurídica, pode também representar por meio dela um fato que decorre de um raciocínio presuntivo. A ficção jurídica da existência de violência nos crimes sexuais decorre da presunção de que os indivíduos com menos de 14 anos não têm capacidade de discernimento. A ficção jurídica do crime continuado decorre da

presunção de que nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, os atos subseqüentes decorrem dos antecedentes.

Efetivamente, como citado, ficção e presunção não se confundem, embora tenham similaridade e vários exemplos no direito material penal podem ser citados.

A respeito da primeira, para Damásio Evangelista de Jesus¹⁴⁹, trata-se de ficção jurídica a forma equiparada de funcionário público, nos termos do artigo 327 do Código Penal, como, por exemplo, o estudante de Direito atuando como estagiário da Defensoria Pública, pois o legislador, nesse caso, afirma o que realmente não é verdadeiro.

Também o crime continuado, como ficção de crime único, é uma criação jurídica artificial, isto pois, na realidade, são várias condutas, cada qual com a sua conseqüência. Entretanto, o legislador as equiparou, para efeito de aplicação da pena, a uma única conduta provocadora de vários resultados.

Por outro lado, na presunção a respeito do conhecimento obrigatório da lei, i.e., no sentido de que ninguém poderá alegar a sua ignorância ou desconhecimento como forma de exclusão de responsabilidade penal, é provável que o agente tivesse ciência da ilicitude de seu comportamento, mas ainda que não tivesse, esse conhecimento tem-se como existente e sem admitir prova em contrário, porque versa sobre uma presunção *iure et de iure*. Não se trata, portanto, de algo

¹⁴⁹ Código penal anotado. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 893.

irreal, artificial, mas apenas a constatação antecipada de um conhecimento provável e que dá suporte à aplicação da regra jurídica invocada.

Na presunção, portanto, considera-se existente ou acontecido, ou não, algo que pode ter existência natural, mas que o legislador, para simplificar, por meio de regra jurídica, já o presume, no momento da ocorrência do fato concreto. Previsão essa que admite ou não prova em contrário, conforme seja a presunção absoluta ou relativa.

6 FUNÇÕES, VALORAÇÃO, NATUREZA E TERMINOLOGIA DOS INDÍCIOS, PRESUNÇÕES E FICÇÕES

6.1 Funções

Os indícios têm a função de fornecer subsídios para se chegar ao fato probando. São elementos-base que permitem a conclusão sobre o fato desconhecido. Integra o silogismo probatório como premissa menor, ou seja, trata-se do fato conhecido e certo a partir do qual se desencadeia o raciocínio presuntivo.

Já as presunções têm a principal função de facilitar o conhecimento da verdade, do fato desconhecido. Pontes de Miranda¹⁵⁰ afirma que a presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume.

Há uma facilitação da demonstração do fato probando, em razão justamente da presunção de que dificilmente teria ocorrido ou não de forma diversa da presumida. Serve, assim, à pacificação do desvendamento de algumas verdades a partir de imposição legal.

Mas noutras vezes a presunção, quando não decorrente da própria norma, tem a função de permitir ao intérprete chegar à verdade não por meio de subsídios, como no caso dos indícios, mas com emprego de regras da experiência e raciocínio lógico.

¹⁵⁰ Op. cit.

A função básica das presunções, assim como dos indícios, portanto, está relacionada à demonstração de uma verdade¹⁵¹ que se busca. Comumente as normas representam abstratamente um fato concreto e o definem na sua integralidade, ou seja, o seu conteúdo exaure os elementos do fato concreto, que por sua vez é descrito na norma integralmente. Esse sempre é o objetivo maior, em especial no direito penal, a fim de atender exigências relacionadas a princípios básicos penais e constitucionais, como a legalidade e taxatividade, visando estabelecer segurança jurídica ao cidadão, contra a imposição de cerceamentos aos direitos fundamentais, inclusive à própria vida.

Nem sempre, contudo, como se sabe, é possível representar abstratamente o fato concreto, não só devido a sua complexidade estrutural, mas principalmente por causa da multiplicidade de fisionomias que pode apresentar, sendo impossível descrever todas as suas facetas na norma. Daí o surgimento de caminhos que visam superar essas dificuldades, como o estabelecimento de normas vagas, com possibilidade de complementação por outras, seja da mesma hierarquia ou não – as chamadas normas penais em branco – ou também por meio de presunções e ficções jurídicas que permitem e facilitam, em relação a determinado fato ou tema, preestabelecer conclusões e verdades que podem não corresponder à

¹⁵¹ Sobre a questão, assevera Maria Rita Ferragut que ao “referir-se a fatos, a prova deverá evidenciar a correspondência entre a proposição e a manifestação do evento. Por isso, não necessita corresponder aos eventos fenomênicos em si, mas à linguagem que se tem sobre eles. Atingir o evento, que é passado, é impossível, bastando para o mundo jurídico construí-lo de forma a provar sua existência ou inexistência. (Presunções do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2001 apud BARBOSA, Mirca de Melo. As presunções em matéria tributária e a casuística do Tribunal Administrativo-Tributário do Estado de Pernambuco. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4835&p=2>>. Acesso em: 17 dez. 2005). Neste contexto, afirma Mirca, a utilização das presunções surge como uma técnica para que sejam razoavelmente supridas as deficiências probatórias acerca da ocorrência de determinado fato jurídico tributário, cujo conhecimento direto, através da manifestação do evento, se mostra impossível ou de difícil aferição.

realidade dos fatos, mas que têm grande probabilidade ou que, mesmo divorciada dessa possibilidade, interessa juridicamente a sua definição como se fosse de outra forma.

O recurso da presunção é mais factível e comum por estar relacionado à realidade e nela se inspirar. Toma-se como certo ou verdadeiro um fato que provavelmente o seja, a fim de facilitar o seu reconhecimento. Trata-se, portanto, de um instrumento facilitador à disposição do intérprete para desvendar o conhecimento desejado.

Esse conhecimento pode ser definido pelo legislador e não tem parâmetros ou indicadores prévios, ou seja, as normas que estabelecem presunções podem incidir sobre aspectos diversos da realidade e dos personagens envolvidos, seja definindo afirmações sobre o fato em si, como também em relação aos agentes, ao crime, à pena, etc.

Mas também as presunções podem estar amparadas, porque não definidas antecipadamente na lei, como já comentado, em regras da experiência e aí o intérprete da lei, notadamente o julgador, por não poder se eximir de lhe preencher a lacuna, completa-a empregando para tanto o raciocínio lógico do processo presuntivo.

Vê-se, assim, que a razão de existência das presunções, isto é, a sua função, visa:

[...] estabelecer as certezas que são necessárias ao magistrado para dizer o direito aplicável. Essas certezas somente podem ser alcançadas com o uso das presunções, uma vez que, diante da complexidade dos fatos, é muito difícil chegar-se, em cada caso particular, ao conhecimento real destes¹⁵².

Dessa forma, a função das presunções, esclarece Sérgio Carlos Covello¹⁵³, está ligada a dois planos, o judiciário e o legislativo. No primeiro, “a causa da presunção é a dificuldade de provar certos fatos por via direta”. O segundo, reside na “necessidade de dar estabilidade e economia às relações jurídicas, mediante a adequada regulação do caso concreto”.

E acrescenta que a presunção, ainda no plano legislativo:

[...] é utilizada para a elaboração de uma regra jurídica de conteúdo probatório com vistas a facilitar a atividade do magistrado e da parte em cujo favor ela milita. Nessa função, a presunção é regra atributiva de direito e assegura o funcionamento das regras jurídicas, constituindo, de certa forma, um acessório da regra de fundo, à qual presta mais eficácia, ao facilitar a prova de fatos que determinam as condições de aplicação ou de incidência do preceito legal¹⁵⁴.

Por fim, a ficção, não obstante aproximada à presunção legal, tem função diversa. Com efeito, partindo-se da premissa de que na ficção a norma cria artificialmente uma verdade que não tem correlação com a realidade, qualquer construção incriminadora nesse sentido certamente importaria em violação ao princípio da legalidade. Isto pois existiria a criação de um crime fictício divorciado de qualquer abstração da realidade. Mesmo a norma que imputa responsabilidade criminal ao ente jurídico, como no caso a responsabilidade penal da pessoa jurídica,

¹⁵² SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Op. cit., p. 59.

¹⁵³ *A presunção em material civil*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 49 apud Ibid., p 60.

¹⁵⁴ Ibid., p. 52 apud Ibid., mesma página.

é contestada notadamente pela doutrina sob a alegação de que viola princípios penais consagrados, como culpabilidade e responsabilidade subjetiva.

As ficções têm a função, portanto, de servir às exigências valorativas do Direito e que não são possíveis a partir de fatos regulados abstratamente. Há interesse jurídico em estabelecer determinadas verdades artificiais que servem à equiparação de situações que não têm correlação com a realidade, mas que são do interesse do legislador.

Não diz respeito ao processo lógico-mental, formado a partir da associação de um fato diretamente provado com um outro fato, indiretamente provado. Não visa suprir deficiências probatórias.

Trata-se, logo, de regra de direito substancial, tanto quanto as presunções legais absolutas, cuja finalidade é a criação de uma verdade jurídica distinta da realidade factual, não guardando relação com as regras de presunção *juris tantum* – salvo no que respeita o fato de que ambas terminam por modificar a realidade diretamente conhecida¹⁵⁵.

Na síntese de Raphael Cirigiliano¹⁵⁶:

[...] as presunções *juris et de jure* têm em vista evitar dificuldades processuais e arbítrios na apreciação dos fatos, enquanto que a ficção altera as condições jurídicas normais, por um conceito de equidade substantiva, de todo estranha às exigências processuais.

¹⁵⁵ BARBOSA, Mirca de Melo. Op. cit.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 368.

6.2 A problemática da valoração

Positivados abstratamente os comportamentos humanos como contrários ao ordenamento jurídico, e havendo notícia de violação da norma, cabe ao juiz, sem poder abdicar da jurisdição, decidir sobre sua ocorrência ou não. Para tanto deverá se valer das provas, diretas ou indiretas, avaliando-as e valorando-as a fim de extrair a conclusão.

Na apreciação das provas vários sistemas foram historicamente empregados. Primitivamente aplicava-se o sistema étnico ou pagão, baseados na experiência do julgador. Em seguida, surgiu o sistema religioso, ou das Ordálias (Juízos de Deus), em que se invocava o julgamento divino, sob a falsa crença de que a divindade intervinha nos julgamentos. Esse sistema “desenvolveu-se e aprimorou-se na Idade Média, entre os europeus, sob o domínio germânico-barbárico”¹⁵⁷. Posteriormente surgiram os modernos sistemas adotados pelas legislações e que puderam orientar a conclusão do juiz: o sistema da convicção íntima (certeza moral do juiz); o sistema da prova legal (certeza moral do legislador) e o sistema da persuasão racional (ou livre convencimento motivado).

De acordo com o primeiro:

[...] tem o juiz ampla liberdade de decidir, convencendo-se da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima, independentemente do que consta dos autos ou de uma fundamentação de seu convencimento¹⁵⁸.

¹⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 241.

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*, p. 190.

O ordenamento jurídico pátrio o adotou nas decisões do Tribunal do Júri, em que os jurados julgam sem necessidade de motivação e de forma sigilosa.

Notório que este sistema tem como grande problema a possibilidade de decisões arbitrárias, uma vez que sem necessidade de fundamentação, senão na convicção íntima; suscetível, portanto, de excessos dolosos.

O segundo, por sua vez, tem premissa oposta, ou seja, cada espécie de prova deve ter seu valor previamente especificado, vinculando o juiz, que simplesmente o aplica ao caso concreto. A legislação da Carolina o incorporou, segundo Mittermaier¹⁵⁹, fixando número de indícios ao juiz para permitir uma conclusão, sendo também conhecido o brocardo a ele pertinente e que inclusive deriva da Bíblia, com a seguinte proclamação: *Testis unus testis nullus*, ou seja, um só testemunho não tem valor¹⁶⁰. Exemplos na legislação brasileira são as hipóteses legais de presunção absoluta e ficções.

A prova legal historicamente surge como reação ao sistema da convicção íntima com a pretensão de eliminar as decisões arbitrárias retirando do juiz a liberdade na apreciação das provas. A sua falha, todavia, consiste em igualar situações distintas, retirando do julgador a possibilidade de valorar a prova de acordo com cada caso, o que igualmente se constituiu em fator de injustiças.

¹⁵⁹ Op. cit., p. 426.

¹⁶⁰ GOLDSTEIN, Mateo. *Derecho hebreu a través de la Biblia y el Talmud*. Buenos Aires: Atalaya, 1997 apud TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 242.

O terceiro sistema, da persuasão racional, emergiu como evolução dos anteriores¹⁶¹, pois ao mesmo tempo em que mantém a liberdade de apreciação, vincula o convencimento do juiz ao material probatório, obrigando-o a decidir de acordo com os elementos existentes nos autos. Esse foi o sistema adotado pelo Código de Processo Penal em vigor, disciplinado no artigo 157 da seguinte forma: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” e é por meio dele que os indícios revelam o seu valor.

Não existe neste sistema valor predeterminado e nem peso legal às provas, devendo cada fato ser apreciado dentro do contexto em que ocorreu e de acordo com as provas que foram produzidas nos autos, segundo princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (o que não está nos autos não existe).

Consagra-se, então, a verdade formal, pois o “juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real)”¹⁶².

Outro aspecto importante é que as decisões devem ser fundamentadas, necessidade que ganhou assento constitucional (art. 93, IX), apresentando as razões do seu convencimento, possibilitando-se a verificação da correção do raciocínio empregado, tanto sob o aspecto formal como material.

Embora o artigo 157 do Código de Processo Penal refira-se à liberdade de apreciação da prova, dando a entender que se refere ao sistema da

¹⁶¹ Coube à França, segundo Tourinho Filho, em pleno século XIX, a honra dessa iniciativa transcendental, conferindo aos juizes o poder de valorar as provas de acordo com a sua ciência e consciência, admitindo como regra todos os meios de prova e sem hierarquia (Ibid., p. 243).

¹⁶² GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 190.

convicção íntima, lembra Vicente Greco que “a análise sistemática do dispositivo, inclusive no confronto com a Constituição, leva à conclusão de que o sistema adotado é e sempre foi o da persuasão racional”¹⁶³, excetuadas as decisões do Júri em razão do amparo constitucional, relativa à soberania dos veredictos e sigilo das votações (art. 5º. XXXVIII, da Constituição Federal).

Persuasão racional e livre convencimento são expressões sinônimas. Aqueles que afirmam o princípio do livre convencimento não negam a absoluta necessidade da fundamentação, em que o juiz deve:

[...] exteriorizar o desenvolvimento de seu raciocínio para chegar à conclusão, ou seja, fornecer as razões que o levam à decisão, possibilitando que dela tomem conhecimento as partes e o tribunal em apreciação de eventual recurso¹⁶⁴.

De modo que, portanto, eventual controvérsia a respeito se limita unicamente à terminologia empregada, tanto que Tourinho Filho¹⁶⁵ as emprega como sinônimas, não havendo dissonância em relação à exigência do juiz motivar a sua decisão com base nos elementos colhidos na instrução probatória. Não podendo, portanto, apenas afirmar seu convencimento ou a existência de provas, porque tem a obrigação de demonstrá-las.

¹⁶³ Ibid., p. 189.

No mesmo sentido Demercian e Maluly (*Curso de processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 323); Camargo Aranha (Op. cit., p. 168).

¹⁶⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 475.

No mesmo sentido, dentre outros, Tourinho Filho: “Embora julgue de acordo com o seu livre convencimento, isso não significa, contudo, seja ele um déspota no decidir, mas, simplesmente, que tem liberdade na aferição, na valoração das provas, e a motivação vai demonstrar se houve excessos, se houve erros de apreciação ou falhas nos processos reflexivos do Magistrado” (Op. cit., v. 4, p. 246).

¹⁶⁵ Ibid., p. 243.

Partindo-se, destarte, desse raciocínio, é possível analisar o valor dos indícios, das presunções e ficções.

6.2.1 *Indícios*

Consoante opinião comum dos autores, os meios de provas podem ser formados por provas históricas ou provas críticas, e por provas pessoais ou provas reais. Na prova histórica, direta, um fato é revelador de outro, tal como acontece com o conteúdo do depoimento de uma testemunha, com uma confissão, com o conteúdo de um documento, com uma perícia, etc. Ao contrário, a prova crítica não tem função reveladora, mas somente indicativa, porquanto a representação do fato a ser provado é feita através de um processo lógico-construtivo, por isso é ela indireta. O mesmo sucede, por exemplo, com os indícios, na opinião de grande parte da doutrina, porque provas de caráter lógico. Assim, para se chegar ao fato a provar o juiz elabora com o raciocínio um processo lógico-construtivo. É por isso que os indícios se confundem com as chamadas presunções *hominis*.

Ressalte-se que não há hierarquia entre essas provas, mas apenas valoração. Do mesmo modo que uma prova considera direta pode ensejar dúvidas no julgador a ponto de não permitir reconhecer como provado o fato, ou mesmo a prova pericial não ser clara o suficiente para garantir a ocorrência do fato natural,

também os indícios e presunções relativas podem ser suficientes ou não para permitir a conclusão sobre a verdade buscada.

Não é atinente, portanto, à subordinação, mas tão somente à valoração. Evidente que nas provas diretas, como regra, a verdade é atingida com mais facilidade, mas não se pode dizer, contudo, que tem maior credibilidade, pois toda prova, seja direta ou indireta, para permitir extrair uma conclusão é preciso que seja dotada de confiança, de elementos decisivos e acima de suspeitas.

Sobre os sistemas de valoração da prova, Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo¹⁶⁶ abraça o entendimento de que a própria índole dos indícios determina que nem a prova legal (que limitaria em excesso essa forma de averiguação dos fatos), nem a livre convicção (que poderia encobrir arbitrária apreciação dos elementos indiciários) constituem sistemas adequados para a valoração dos fatos indiciários, devendo ser submetidos às mais autorizadas e exigentes regras da crítica.

Nesse contexto, o valor do indício está relacionado à sua íntima conexão com o fato, inexistindo óbices legais sobre sua aceitação, uma vez que a legislação pátria não impôs qualquer espécie de classificação. Atesta a exposição de motivos não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra (item VI). “Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos

¹⁶⁶ *Derecho procesal penal*, 1945, v. III, p. 161 apud MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. 2, p. 433.

positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado”¹⁶⁷.

Na jurisprudência podem ser colhidas, dentre tantas, as seguintes decisões abaixo.

Em rumoroso caso, proferiu o Tribunal de Justiça de São Paulo o seguinte acórdão, relatado pelo Des. Manuel Carlos:

‘Indícios e circunstâncias, múltiplos e concordes, que excluam qualquer hipótese favorável ao acusado, podem constituir prova plena do delito e autorizar a condenação do seu autor’ (RT 214/61). Na mesma oportunidade, salientou o relator: ‘Adverte o jurista filósofo Bentham que as provas circunstanciais são muito mais simples do que as provas diretas. Estas se enredam num emaranhado de considerações morais a respeito de tudo o que constitui a credibilidade de uma testemunha, seu caráter, sua intenção, suas afeições, seu grau de conhecimento e inteligência. Na prova circunstancial, a única relação a ser examinada é a que existe entre um fato e outro, a ligação entre o fato principal provisoriamente admitido, e o fato secundário pelo qual se pretende provar o fato principal’.

No mesmo sentido do acórdão supramencionado (Revista Forense, 105/360, 158/369 e 158/412, Revista dos Tribunais, 110/127, 218/96, 395/309):

‘Os delitos de natureza sexual, dada a sua natureza, em geral não se provam com testemunha. Apuram-se, além da perícia, através de indícios e circunstâncias’ (T.J.S.P., relator Sylvio Barbosa, RT 296/137).

‘Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal, pode o magistrado proferir decisão condenatória, única e exclusivamente, em prova indiciária’, Relator Silva Leme (RT 401/285).

¹⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 286.

‘Para firmar o raciocínio indicativo e estear uma decisão condenatória, é mister que os indícios estejam perfeitamente concatenados, devendo existir entre eles relação de causalidade. A falta de um elo na cadeia indicante basta para impedir uma conclusão de certeza daquilo que se quer provar’. (T.J. de São Paulo, relator Manuel Carlos, Revista dos Tribunais, 218/96, ainda no mesmo sentido RT 166/553, relator Des. Sylos Cintra).

Já em relação às presunções, especialmente as legais, e às ficções, o raciocínio não é o mesmo.

6.2.2 *Presunções e ficções*

O Código Penal da República, de 1890, rezava em seu artigo 67: “Nenhuma presunção, por mais veemente eu seja, dará lugar à imposição de penal”.

Espínola Filho¹⁶⁸ expressou sua concordância com a disposição legal afirmando que o emprego da presunção foi proscrito, em matéria penal, pelo revogado código republicano, “que ainda ecoa como um solene postulado do direito penal pátrio”.

Ocorre que o mesmo Código de 1890, pela primeira vez, em evidente paradoxo ou clarificando que a interpretação do dispositivo não tinha tal extensão, trouxe, então, como inovação, a presunção absoluta de violência para os crimes contra os costumes, tendo como vítima menor de 16 (dezesesseis) anos¹⁶⁹, sem contar as hipóteses de culpa presumida.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 231.

¹⁶⁹ “Art. 272. Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 anos”.

Frederico Marques¹⁷⁰, com propriedade, alertava que se tratava de um erro crasso e palmar esse entendimento, uma vez que se presunção e indício eram expressões coincidentes, então, que tal “assertiva equivaleria a abolir-se a prova indiciária do processo penal”.

Com razão o mestre, não exatamente porque admitia a identidade entre presunção e indícios, como já se examinou acima, mas sim porque o direito material está impregnado de presunções legais e judiciais na formação de suas regras, como, por exemplo, as afirmações de imputabilidade por idade, por embriaguez, e as noções de periculosidade, violência nos crimes sexuais, dentre tantas outras.

O valor da presunção legal é absoluto ou relativo conforme a possibilidade, ou não, de quebrar o nexos que a presunção legal estabelece. Já as presunções humanas decorrentes de regras da experiência comum ou técnica têm seu valor dependente do fato cultural ou lei da natureza em que se fundam. Por exemplo, o entendimento do que seja mulher honesta, na antiga conceituação de rapto, se alcançava por meios das regras da experiência. Já a constatação de hematoma no corpo da vítima significa que a lesão criminosa ocorreu antes de sua morte, pois houve circulação de sangue, o que advém de uma regra técnica da natureza e poderá se definir entre a existência ou não de determinado crime, i.e., entre estupro e vilipêndio a cadáver, já que a violência é elementar do primeiro.

A certeza ou incerteza das presunções relativas e *hominis* e o efeito que elas podem ter para constituir prova, dependem da certeza ou incerteza dos

¹⁷⁰ *Elementos de direito processual penal*, p. 344.

fatos de que se tiram as presunções, da justeza das conjecturas ou conseqüências extraídas desses fatos, para a prova daqueles que se cogita – o que depende da ligação possível entre os fatos conhecidos e aqueles que dependem de prova.

Tiram-se:

[...] conseqüências das causas pelos seus efeitos, ou dos efeitos por suas causas; concluiu-se, assim, a verdade de uma coisa por uma ligação a uma outra que lhe é conjunta; e assim, quando uma coisa é sinal de outra, presume-se a verdade da que é significada, pela certeza da que a significa¹⁷¹.

Na presunção *hominis*, cujo fato desconhecido não é presumido por lei, há necessidade, portanto, de análise criteriosa, exigindo-se que sejam graves, precisas e harmônicas.

Nada mais preciso e conciso, a respeito, que o comentário de Lessona, segundo Raphael Cirigliano¹⁷². Sobre o conceito de gravidade, disse que “são graves as presunções capazes de causar impressão a uma pessoa razoável”. Graves são aqueles que geram certeza, que atingem um grau de probabilidade, a qual, no espírito do magistrado, se traduza em certeza moral ou, em outras palavras, que tenham a eficácia de uma segura convicção. Engloba o atributo relativo ao efeito sobre a convicção do juiz ou do intérprete.

São precisas as presunções quando unívocas, isto é, “quando delas não se pode deduzir senão determinadas conseqüências”. Harmônicas quando “todos convergem para o mesmo escopo”.

¹⁷¹ CIRIGLIANO, Raphael. Op. cit., p. 365.

¹⁷² Op. cit. apud Ibid., p. 383.

Resumindo, as ficções jurídicas e as presunções legais absolutas não estão sujeitas à valoração, pois não são meios de prova, mas disposições imperativas do legislador, às quais o julgador deve se subordinar. Os indícios e as presunções *hominis*, por outro lado, porque admitem prova em contrário, dependem de valoração, que ocorre na forma exposta.

6.3 Natureza jurídica

A doutrina diverge quanto à natureza jurídica dos indícios e presunções, havendo menor discussão quanto se trata das presunções absolutas e ficções.

6.3.1 *Indícios*

Iniciando a análise pelos indícios, é possível constatar objetivamente que o Código de Processo Penal, como já visto, os incluiu no Título VII (artigo 239) correspondentes às provas, definindo-os como prova indireta e assim sendo tratados

pela franca maioria dos doutrinadores¹⁷³, que os enxergam, todavia, de maneiras diferentes, seja como objeto, fonte ou meio de prova¹⁷⁴.

Fernando Pedroso¹⁷⁵ afirma que constituem “modalidade indireta de prova” e diferem da prova direta porque, nesta, “o fato probando obtém silhueta e contornos instrutórios imediatos”, apresentando-se sem necessidade de processo lógico-construtivo em função de revelar diretamente, por meio de testemunhos, confissão, perícia, etc.

Antônio Milton de Barros¹⁷⁶ os trata como objeto da prova indireta, que se constituídos por fatos ou circunstâncias de fato que podem levar à conclusão da existência de outros.

¹⁷³ Humberto Piragibe Magalhães (Op. cit., p. 32), Mirabete (Op. cit., p. 287), Malatesta (Op. cit., p. 213), dentre tantos.

¹⁷⁴ Na definição de Tourinho (Op. cit., p. 218/219) **Prova** pode ser entendida como os meios pelos quais se procura estabelecer a verdade. Também pode ser entendida como os elementos produzidos pelas partes e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último. **Objeto da prova** são os fatos que devem ser provados, ou seja, a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrada no processo. Trata-se, portanto, de tudo o que possa de alguma maneira influenciar na reconstituição do fato delituoso e na demonstração de circunstâncias pessoais do agente. Importante notar que não se confundem as expressões objeto da prova e objeto de prova. A primeira expressão refere-se aos fatos ou circunstâncias diretamente relacionadas ao fato em apuração, ou mesmo aqueles com base nos quais se possa inferir a existência de fatos que sejam objeto da apuração, enquanto que a segunda expressão refere-se às coisas passíveis, em tese, de serem provadas (isto é, de serem objetos de prova): os fatos em si. **Meios de Prova** são definidos como os meios materiais de que se lança mão para a demonstração da veracidade de determinado fato. Assim, e com relação aos meios de prova utilizados para reproduzi-la, a prova pode ser *pessoal* ou *real*, conforme os meios usados sejam respectivamente pessoas ou coisas. A prova é pessoal quando resulta da atividade de uma pessoa, como são os depoimentos das testemunhas. A prova é real quando emana da observação ou da própria existência nos autos da coisa em si, como é o caso dos documentos ou dos instrumentos utilizados na prática do delito. **Fontes de prova** é entendida como tudo quanto possa ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias. Assim, a denúncia, embora não seja elemento ou meio de prova, é uma fonte desta, uma vez que contém indicações úteis, exigindo comprovação. **Elementos de prova** são todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do juiz (grifo nosso).

¹⁷⁵ *Prova penal*: prova ilícita, prova por precatória, depoimento infantil, declarações da vítima, reconhecimento fotográfico. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 72.

¹⁷⁶ *Da prova no processo penal*. Apontamentos gerais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 84.

Para Paulo Lúcio Nogueira¹⁷⁷:

[...] os indícios não são admitidos como prova do fato, mas apenas das circunstâncias que o rodeiam. O fato tem que ser provado pelo exame do corpo de delito, direto ou indireto, pela prova testemunhal, por documentos ou qualquer outro meio, e não pelos indícios isolados (art. 239).

No mesmo sentido Demercian e Maluly¹⁷⁸, sob a afirmação de que:

[...] o CPP admitiu os indícios como meio de prova. Na verdade, na lei processual penal os indícios não fazem prova do fato principal, mas de suas circunstâncias, ou seja, de fatos secundários que revelam, por uma construção lógica, algo sobre o fato principal.

Frederico Marques¹⁷⁹, todavia, embora também o considere prova indireta, alerta que o indício isoladamente não é prova, “pois se qualificam como indícios os próprios fatos com que, na presunção, se argumenta a existência de outros”, ou seja, “o indício é só isso, não constitui ele meio de prova” porque “só por si nada prova”. “O fato conhecido, só por si, não é ilação e, por isso, não prova o fato desconhecido.”

Pensamento similar tem Francesco Carnelutti¹⁸⁰, para quem “um fato não é indício de per si, mas tal se torna enquanto uma regra de experiência o ponha com o fato a ser provado numa relação lógica, que consinta deduzir daquele a existência ou a não existência deste”.

¹⁷⁷ *Curso completo de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 164.

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p. 313.

¹⁷⁹ *Instituições de direito processual civil*, p. 430/431.

¹⁸⁰ *A prova civil: parte geral. O conceito jurídico da prova*. São Paulo: Leud, 2003, p. 215.

Acrescenta, ainda, que é perfeitamente verdadeiro que o indício é um tema de prova, no sentido de que ou deve ser percebido pelo juiz, ou deve ser deduzido para poder se tornar fonte de dedução: se é diretamente percebido é objeto de prova direta; se é deduzido, é objeto de prova indireta.

Convém considerar o indício perfeitamente, isto é, na sua atitude passiva do fato que deve ser provado (tema de prova), e na sua atitude ativa, de fato que serve a provar outro (fonte de prova). O mecanismo da prova é idêntico para o indício bem como para o testemunho: um e outro são fatos dos quais o juiz obtém (deduz) o fato a ser provado e por isso são fontes de prova.¹⁸¹

Para Carnelutti, então, a natureza dos indícios é de fonte de prova, igualmente aos testemunhos e documentos. Sua qualidade de fonte, diz, “está nisso que sai dela, sob a ação da regra de experiência, um argumento para considerar a existência ou inexistência do fato a ser provado”¹⁸².

Essa aparente confusão sobre a natureza dos indícios como prova indireta, decorre da própria divergência que se estabelece na doutrina concernente à conceituação de objeto, meio e fonte de prova. Além disso, tais temas se interagem, pois o mesmo fato pode ser entendido, dependendo do ângulo de análise, como objeto, meio ou fonte de prova, uma vez que em qualquer dessas hipóteses a finalidade é a mesma, qual seja, fornecer subsídios ao julgador para se alcançar a verdade.

O que parece certo, em resumo, é que indício fora do processo dedutivo, ou seja, fora do silogismo de onde se extrai a presunção, nada representa. Pode-se, então, dizer que sua natureza, na verdade, é de elemento do processo

¹⁸¹ Ibid., mesma página.

¹⁸² Ibid., p. 219.

presuntivo que busca a verdade e certeza sobre o fato. No âmbito penal está inserido na norma. Assim, a integra de forma implícita ou explícita, e atua como elemento do processo presuntivo por meio do qual se demonstra o *thema probandum* da própria norma.

6.3.2 Presunções

As presunções não gozam de definição legal como os indícios, e nem foram mencionadas no Título das Provas no Código de Processo Penal, diversamente do que ocorre no Código Civil Brasileiro, em que figuram no Título V, referentes às provas, da seguinte forma:

Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:
[...]
IV – presunção;

Na legislação civil, portanto, têm natureza substancial como meio de prova.

Frederico Marques¹⁸³ leciona que presunção é uma prova indireta ou crítica, em que o juiz ou o legislador tira de um fato conhecido a demonstração da existência de um outro fato. Também a considera como prova indireta Malatesta¹⁸⁴.

¹⁸³ Op. cit., p. 431.

¹⁸⁴ Op. cit., p. 204.

Não dissente Moacyr Amaral¹⁸⁵ quanto se refere às presunções relativas e judiciais, que admitem prova em contrário.

Prova, no sentido subjetivo, é a convicção quanto à verdade de um fato, é a afirmação da existência ou inexistência de um fato; no sentido objetivo é o meio pelo qual se demonstra a existência ou inexistência do fato. Tanto naquele como neste sentido palpita o caráter probatório da presunção: autoriza a convicção do juiz quanto à verdade do fato que resultou do raciocínio presuntivo. Na convicção sobre a verdade do fato, fundada na presunção há prova no sentido subjetivo; no processo para chegar ao fato probando, há prova no sentido objetivo. Como as provas propriamente ditas, as presunções são instrumentos de verificação dos fatos; se a verdade, a respeito destes, sob o aspecto da *certeza moral*, dimana de umas ou de outras, pouco importa, pois de qualquer forma ter-se-á de concluir que os fatos estão provados.

Segundo Moacyr Amaral¹⁸⁶, a presunção legal condicional (relativa) é qualificada como “espécie de prova preconstituída pelo legislador”. Mais certo, porém, retruca, entendê-la como prova legal, cujo:

[...] valor é previsto pela norma jurídica, que visa a estabelecer a certeza relativamente ao fato presumido, isso em atenção à conveniência ou à utilidade de limitar-se, em relação a esse fato, o arbítrio do juiz na apreciação das provas, facilitando-se a decisão das questões de fato.

A presunção *juris tantum*, arremata, “tem o caráter de meio de prova, conquanto tenha eficácia muito maior, porquanto constitui uma prova legal que vincula o convencimento do magistrado”.

Nesse sentido, lembra ainda Moacyr Amaral, manifesta-se a generalidade dos escritores, mas outros eminentes doutrinadores não reconheceram nelas um legítimo meio de prova. Assim, para Redenti¹⁸⁷ “as presunções, em si mesmas, não são meios de prova, mas um método intelectual para chegar à prova

¹⁸⁵ Op. cit., p. 354/355.

¹⁸⁶ Ibid., p. 396.

¹⁸⁷ *Diritto processuale civile*, 1947, n. 78, v. 1 apud Ibid., p. 355.

no sentido subjetivo”. Já Jorge Americano¹⁸⁸ diz que a presunção não é prova, mas “um simples juízo”.

Vicente Greco Filho¹⁸⁹ não aceita a natureza da presunção como meio de prova, asseverando que se trata apenas de forma de raciocínio do juiz, o qual, de um fato provado, que pode ser toda circunstância de fato da qual se pode extrair a convicção, conclui a existência de outro relevante para produzir a consequência pretendida. Há um salto mental, afirma, “entre a prova do indício e a convicção do fato principal”. A relação que se estabelece entre indício e presunção se dá, portanto, porque esse salto mental pode ser imposto por uma norma legal, daí as chamadas presunções legais.

A presunção, segundo Caio Mário da Silva Pereira¹⁹⁰, como ilação que se tira de um fato certo, para prova de um fato desconhecido, “não é, propriamente, uma prova, porém, um processo lógico por via do qual a mente atinge a uma verdade legal”.

No mesmo esteira Humberto Theodoro Junior¹⁹¹ para quem as presunções correspondem mais a um tipo de raciocínio que propriamente a um meio de prova.

¹⁸⁸ *Processo civil e comercial*, 1925, p. 112 ss apud *Ibid.*, mesma página.

¹⁸⁹ *Direito processual civil*, p. 180.

¹⁹⁰ *Instituições de direito civil*, 1961, n. 105, v. I, p. 428 apud MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 436.

¹⁹¹ *Curso de direito processual civil*. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, p. 384.

De fato, a presunção não é prova indireta porque o raciocínio presuntivo não se apóia apenas em dados indiretos, mas também em dados diretos, como as chamadas provas diretas, testemunhas, laudos, confissão, etc. Os indícios que permitem o raciocínio presuntivo é a própria prova direta, a qual exige do julgador a análise silogística dos dados para se chegar à verdade e correspondente certeza. Por exemplo, a prova direta testemunhal, no sentido de que foi o autor quem efetuou o disparo, e a prova pericial a respeito do local onde a vítima foi atingida (cabeça) exigem do juiz que se estabeleça o raciocínio presuntivo para chegar à conclusão do elemento subjetivo da conduta. Ou seja, quem atira na cabeça presume-se que quer matar, e isso realmente é uma presunção porque o julgador não tem alcance à verdade interior do agente, só podendo afirmá-la por meio de dados externos, no caso apoiado nas chamadas provas diretas. O agente, no momento do tiro, poderia apenas ter a intenção de assustar e o fato de ter acertado na cabeça ser derivado de erro de pontaria ou um movimento reflexo qualquer no momento do tiro.

Dissentindo também da corrente que a considera como prova indireta, leciona Leonardo Sperb de Paola¹⁹² que meios de prova são os fatos, os acontecimentos do mundo real, os documentos, os depoimentos, os indícios, não podendo um processo mental, como o é o juízo presuntivo, ser inserido em tal categoria. Assim, as presunções relativas constituem *normas sobre provas*, pois que modificam o objeto destas, e não a prova em si mesma considerada.

¹⁹² *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997 apud BARBOSA, Mirca de Melo. Op. cit.

Neste sentido, o meio de prova propriamente dito é o fato cujo conhecimento se fez de forma direta, sendo "a base do raciocínio presuntivo" (prova em sentido objetivo), enquanto que a presunção representa a expressão da convicção do sujeito sobre a ocorrência do fato indiretamente provado. É a prova em sentido subjetivo.

Mirca de Melo Barbosa¹⁹³ entende que tais posições devem ser interpretadas de forma sistemática, cada uma delas devendo ser tida por válida, de acordo com algumas ponderações necessárias. O fato de constituir a presunção uma consequência extraída de um processo mental, segundo o qual a partir de um fato conhecido se conclui pela ocorrência de um outro fato, não demonstrado diretamente, não lhe retira a condição de meio de prova, mas de *objeto de prova*, que são os objetos materiais da prova. Por outro lado, é fora de dúvida que a prova deve ser analisada sob um prisma objetivo, que seriam os fatos diretamente provados, ou os meios através dos quais o sujeito forma a sua convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, e outro subjetivo – a operação mental que desemboca na formação de tal convicção. Assim, inobstante a validade jurídica acerca de serem as presunções meios de prova ou mesmo normas sobre provas, a discussão a este respeito se torna irrelevante na medida em que elas constituem, efetivamente, meios geradores de certeza.

¹⁹³ Ibid.

Aires F. Barreto¹⁹⁴ dá a seguinte lição, *in verbis*:

O ato ou processo presuntivo, intelectual que é, ocorre e se esgota no plano do raciocínio. Presta-se a induzir convicção quanto à existência de fato (por definição, desconhecido), dado o reconhecimento da ocorrência de outro, do qual geralmente depende. Firma, assim, a aceitação da veracidade ou verossimilhança do chamado 'fato suposto' (fato presumido). [...] As normas que manifestam as chamadas presunções 'juris et de jure' [...] não se distinguem de quaisquer outras normas jurídicas. Tal como as demais, instituem 'direito firme', procedendo 'como verdades'; normas que são, revelam-se estranhas à idéia de prova. [...] As impropriamente chamadas presunções 'juris tantum' são assim, também, singelas normas jurídicas. Que se dirigem ao aplicador do direito, vale dizer, o responsável pelos atos de declaração, seja da subsunção e da incidência, seja da instauração e eventual extinção dos vínculos jurídicos conseqüentes. [...] Constituem, em síntese, regras jurídicas – com a conotação ou qualidade que lhe atribui a lei – quando impossível verificar-se, pelos instrumentos usuais de prova, a sua não-ocorrência, ou a sua ocorrência de modo diverso.

Quanto à presunção legal absoluta, para Souza Rego¹⁹⁵, nada tem a ver com a prova, ou com o processo. “Ela opera unicamente no plano do Direito material, não sendo ‘juízo de probabilidade’, mas norma integrante da disciplina jurídica do instituto considerado”.

Moacyr Amaral¹⁹⁶ também faz a distinção considerando-a como “regras legais limitativas da liberdade do juiz na avaliação da prova”. De fato, se não se pode provar o contrário, afirmam alguns autores, nega-lhe o caráter probatório, constituindo-se, assim, regras de direito, isto é, formas escolhidas pelo legislador para exprimir um conceito jurídico. Nesse sentido, as presunções absolutas são mais que provas, são antes o são disposição de lei, tratando-se de imperativos da lei, vale dizer, normas jurídicas imperativas, ou seja, normas que também chamadas de

¹⁹⁴ BARRETO, Aires F. *Base de cálculo, alíquota e princípios constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1998 apud Ibid.

¹⁹⁵ *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 121.

¹⁹⁶ Op. cit., p. 389.

impositivas ou cogentes que ordenam que se faça (normas imperativas em sentido estrito) ou que se não faça (normas proibitivas, ou vedativas).

Prossegue o mestre dizendo que Ferrini¹⁹⁷ considera as presunções legais absolutas como normas que disciplinam, não a prova extrínseca, mas a natureza íntima do ato ou do fato jurídico [...], tratando-se de “formas especiais que, geralmente em seguida a um particular desenvolvimento histórico, assumem o caráter de normas jurídicas absolutas”. Acresce asseverando que “o juiz não as utiliza como meios de prova ou de convencimento, mas como regras de direito substancial atributivas de conseqüências jurídicas”.

Concluiu Moacyr Amaral¹⁹⁸, que:

[...] na presunção *iuris et de iure* á uma dupla regra legal de prova: limita a liberdade do juiz, determinando a força probante do fato presumido; interfere no problema da admissibilidade da prova, proibindo prova contrária àquele fato.

6.3.3 *Ficções*

Finalizando, relativo às ficções, tranqüilo o entendimento que não tem qualquer relação com prova, mas sim com criações arbitrárias do legislador, cuja semelhança se dá apenas com as presunções legais absolutas porque ambas não admitem prova do contrário.

¹⁹⁷ *Obbligazione em Enciclopédia Jurídica Italiana. Lê presunzioni in Diritto Romana. Revista Italiana por Iê Scienze Civiete*, v. XIV, n. 552 apud *Ibid.*, p. 385.

¹⁹⁸ *Ibid.*, mesma página.

A natureza jurídica das ficções, segundo Mirca de Melo Barbosa¹⁹⁹, consiste em ser “prescrições criadas pelo direito distintas da realidade fenomênica”.

Afirma Moacyr Amaral, com apoio em Ramponi²⁰⁰, Coniglio²⁰¹ e Macchiarelli²⁰², que as “ficções não são provas e sim meras figuras jurídicas criadas e destinadas a estabelecer regras especiais de aplicação do direito” ou, por outras palavras, “as ficções constituem regras jurídicas de direito material”²⁰³.

6.3.4 *Terminologia legal e disposições correlatas ou normas supletivas*

Os indícios e as presunções legais são expressamente estabelecidas, de ordinário, para caracterizá-los, sob as denominações representativas dos verbos “indicar” ou “presumir” respectivamente.

É o que ocorre nos artigos 44, III, 77, III, 83, parágrafo único, 97, § 3º., 180, § 3º. e 224, todos do Código Penal, onde se encontram as expressões, respectivamente, “indicarem”, “indicada”, “presumir”, “indicativo”, “presumir-se” e “presume-se”.

¹⁹⁹ Op. cit.

²⁰⁰ *Teoria Generale delle Presunzioni*, 1980, p. 47/48 apud SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 380.

²⁰¹ *Le presunzioni nel Processo Civile*, n. 69 apud Ibid., mesma página.

²⁰² *Fictio iuris*, n. 21, Enciclopédia Giurídica Italiana apud Ibid., mesma página.

²⁰³ Ibid., mesma página.

Já para as ficções inexistente um vocábulo específico, até porque não há verbo relacionado ao substantivo, mas correntemente são designadas sob o verbo “considerar”, próprio para estabelecer uma situação de igualdade entre coisas desiguais, como ocorre nos artigos 5º., § 1º. 20, § 3º. e 327, § 1º., todos do Código Penal, em que aparecem “consideram” e “considera-se”.

Não obstante e com o mesmo significado, outras vezes a lei aplica expressões sinônimas a essas, tais como “supõe” e “considera-se” (art. 20, § 1º.) no sentido de presunção; “recomendável” e “autorizem” com a acepção de indício (art. 44, § 3º, 77,II); ou mesmo “como se tivesse” (artigo 73), com o significado de ficção.

Outras vezes ainda, conforme acentua Moacyr Amaral²⁰⁴, “o legislador, embora sem aproveitar-se de qualquer dessas expressões ou equivalentes, estabelece a presunção sob forma nitidamente afirmativa”. A lei não usa, destarte, quaisquer expressões sinônimas, mas sim emprega vocábulo afirmativo, ficando a presunção, os indícios e as ficções implícitos na regra. São exemplos: a) o artigo 27 do Código Penal, onde o legislador usa a forma imperativa, estabelecendo que os menores de 18 anos são inimputáveis, vale dizer, há uma presunção de falta de discernimento; b) artigo 21, onde há afirmação de que o desconhecimento da lei é inescusável, presunção legal de que todos têm conhecimento; c) artigo 43, que cria uma ficção ao estabelecer que se trata de pena restritiva de direito a prestação pecuniária; d) as circunstâncias agravantes do artigo 61, referentes a reincidência, de crimes praticados contra crianças, pessoas

²⁰⁴ Ibid., p. 363.

com mais de 60 anos e enfermos e mulher grávida, sob a presunção de que o agente tem maior periculosidade, no primeiro caso, ou que as vítimas têm menos condições de defesa nos demais; e) o artigo 59, em que são consignados vários indícios para o juiz estabelecer a pena e o regime prisional.

De outro lado, no entanto, ainda no tocante às expressões empregadas pelo legislador, há as normas supletivas, que embora possam ser expressas de maneira semelhante, como “considera-se” ou “entende-se”, na realidade não se trata de presunção ou ficção. Entretanto, normalmente a declaração do legislador a respeito de determinado tema, que por força da lei fixa o entendimento ou esclarece algum dado que se faz necessário para interagir e dar sustentabilidade a outras normas, tanto que foram consideradas, como explica Moacyr Amaral²⁰⁵, como regras de interpretação.

O artigo 6º. do Código Penal esclarece qual o lugar onde o crime deve ser considerado praticado, não se tratando de presunção ou ficção, mas apenas de disposição declarativa do direito, ou seja, em qualquer lugar que uma parte da conduta criminosa ocorrer é considerado lugar do crime.

Igual disciplina encontra-se no seu artigo 13, quando, ao menos em relação à conduta comissiva, dispõe que se considera causa a ação sem a qual o resultado não teria ocorrido. O conteúdo da norma não diz respeito à presunção ou ficção, uma vez que está apenas fixando a regra sobre o que se deve entender como causa do resultado e embasado numnexo objetivo, material. Diverso ocorre

²⁰⁵ Ibid., p. 375.

se considerar a conduta omissiva, uma vez que aí o agente responde pelo crime mesmo não tendo praticado qualquer conduta objetiva de sua descrição típica, podendo-se admitir que há, nesse caso, uma previsão diversa da realidade, gerando-se, assim, uma ficção jurídica.

No artigo 235, § 2º. do Código Penal, que *considera* inexistente o crime de bigamia, se anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, e no artigo 260, § 3º., onde consta que se entende por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica em trilhos ou por meio de cabo aéreo. Igualmente o legislador, simplesmente, por lei, traçou mandamentos relativos aos respectivos temas, sem emprego de presunção ou ficção, embora usando termos correlatos, como “*considera-se*” e “*entende-se*”.

Essa proximidade das presunções ou ficções com as normas supletivas geram confusão. Moacyr Amaral²⁰⁶, referindo-se às presunções, estabelece a distinção da seguinte forma:

Ao preceituar as primeiras, a lei, substituindo-se ao juiz, em vista de determinados e provados fatos, infere outro, que estabelece como certo, inspirando-se no que comumente acontece. Quando fixa normas supletivas, no entanto, a lei dispõe, não porque presume a vontade não declarada das partes, mas dispõe por força de sua autoridade, qual a de regular as relações jurídicas. Na formulação de uma presunção legal a lei torna certa a conclusão de um raciocínio presuntivo; na formulação de uma norma supletiva, a lei dispõe como entende, conforme mais de conveniência aos interesses coletivos. Ali a lei se funda num raciocínio lógico; aqui em princípios de conveniência ou utilidade.

²⁰⁶ Ibid., p. 376.

Segundo Roger Decottignies²⁰⁷:

[...] na formação das normas supletivas, o legislador parte de uma presunção como motivo, isto é, como justificação da norma; mas, criada esta, a presunção, em que se fundou, deixa de ser considerada, para subsistir tão somente a norma. [...] A presunção funciona simplesmente como motivo de uma regra de direito atrás da qual ela desaparece. [...] As normas supletivas em absoluto não são presunções legais, mas regras de fundo que repousam sobre uma presunção.

²⁰⁷ *Les Présomptions en droit privé*, n. 2, 1950, p. 11/12 apud *Ibid.*, mesma página.

7 FATO, VERDADE E CERTEZA

O fato, como objeto da prova, em matéria processual, afirma Tourinho Filho²⁰⁸, tem um conceito bastante amplo:

[...] compreende os diversos acontecimentos do mundo exterior, e, segundo Florian, esse conceito se estende e alcança coisas, lugares, pessoas e documentos. Tão extenso é seu conceito, do ponto de vista da prova, que Alcalá-Zamora chega a esta afirmação: é o fato o que não é direito. Por isso, acresta o festejado mestre, a prova pode recair sobre fatos de natureza diversa: um cadáver, armas, instrumentos, substâncias nocivas, insanidade mental etc.

Xavier de Aquino²⁰⁹ com simplicidade e precisão define os fatos como a modificação da realidade existente. Haverá, segundo dispõe, alguma coisa que se move e, por via de consequência, se transforma, sob o ponto de vista do naturalismo. Portanto, conclui,

[...] o fato, sob o ponto de vista natural, pode ser comparado a uma estrada escura. Porém, quando trecho dessa estrada é iluminado por um fecho de luz poder-se-á dizer que o legislador de normas de conduta, baseado no que os filósofos chamam de verdades axiológicas propriamente ditas, criou um fato jurídico (todo acontecimento em razão do qual as relações de direito nascem e terminam, na concepção de SAVIGNY) e, especificamente falando em matéria penal, uma norma incriminadora (hipótese abstrata do fato proibido). Mas ainda assim é bem de ver que essa 'lanterna' pode ser manuseada mais uma vez pelo criador de regras que vão nortear a convivência de uma sociedade politicamente organizada, quando então ele (legislador) cria a *fictio juris*, estabelecendo, por exemplo, a figura do crime continuado [...] e do concurso formal [...]. Nestas ficções jurídicas existe a presença de mais ou vários eventos [...] sob a visão natural de que cada ação típica concreta corresponde a um evento.

Transportando esses ensinamentos para o âmbito penal, fato jurídico assume várias facetas de acordo com sua descrição na norma penal.

²⁰⁸ Op. cit., p. 216.

²⁰⁹ *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 26.

Relativo ao raciocínio presuntivo, o fato indicativo (*factum probans*) pode ser qualquer dado inserido na norma penal, que, conhecido e provado, aponte o fato indicado, no caso, como regra uma elementar ou circunstância. Assim, como diz Roque Brito²¹⁰, “é representado por um vestígio, sinal ou rastro que torne susceptível tal via de conhecimento”. O *factum probandum*, por sua vez, versa sobre dados inseridos na norma penal, de ordinário, criando o comportamento criminoso, no plano objetivo e subjetivo, suas circunstâncias e demais temas afetos, como disposições sobre aplicação da pena, regime prisional, benefícios, etc. Em suma, o legislador cria a disposição jurídica sobre temas diversos, os quais, no procedimento presuntivo, correspondem àquilo que se pretende demonstrar, inseridos na norma penal como elementares ou circunstâncias representativas, como regra, do bem jurídico tutelado, da intenção do agente, do seu merecimento para concessão de benefícios, do seu discernimento sobre a conduta praticada, do seu conhecimento sobre a própria norma penal, etc. Todos esses dados são normalmente apontados na doutrina apenas como *fato a ser conhecido* ou *thema probandum*.

Já a verdade é a concordância entre um fato real e a idéia dele representada em nosso espírito²¹¹.

O vocábulo *verdade*, na definição de Manuel Cavaleiro de Ferreira²¹² é:

²¹⁰ Op. cit., p. 34.

²¹¹ MEDEIROS FILHO, João. *Presunções e indícios em matéria penal: direito aplicado*. Natal: Universitária, 1980, p. 21.

²¹² *Curso de processo penal*. Lisboa: Danúbio, 1986, p. 261 apud NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Valoração da prova e livre convicção do juiz*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5583&p=2>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

[...] 'a correspondência do juízo formado com a realidade' e como a realidade nada mais é que a percepção que se tem dela, e sendo o juízo humano falível, ao adquirir-se esta percepção surge no espírito de quem a adquire uma certeza, que por um lado pode ser '*absoluta, objetiva*' ou, por outro lado, '*meramente subjetiva, uma simples convicção*', conforme se proceda a um juízo lógico (desde que baseado em premissas corretas) ou histórico (baseado na representação dos fatos).

A isto acrescenta Castanheira Neves²¹³, que a verdade que interessa ao direito só pode ser a que tem a ver com "a realidade de vida, com a acção humana, as circunstâncias do mundo humano" sendo ela, assim, "uma verdade '*histórico prática*' e não a de um '*juízo teórico*'".

Mittermaier²¹⁴ igualmente afirma que o objeto de estudo, no processo penal, é a verdade histórica.

A verdade, segundo Getúlio Neves²¹⁵, é uma só; "fala-se em *verdade material e formal* não mais do que querendo referir as limitações impostas ao órgão julgador na sua busca dos fatos".

Não se pode afirmar que a verdade plena seja apreensível ao homem, esclarece Mirca de Melo Barbosa²¹⁶, isto porque o seu conhecimento depende de várias condicionantes, principalmente no que toca aos sujeitos envolvidos, ao momento histórico e ao conjunto de circunstâncias que envolvem o fato a ser conhecido. Assim, melhor falar de uma verdade relativa, ou do 'conhecimento da verdade', a verdade do sujeito que apreende o fato no exato

²¹³ *Sumários de processo criminal*. Coimbra, 1968 apud Ibid.

²¹⁴ Op. cit., p. 80.

²¹⁵ Op. cit.

²¹⁶ Op. cit.

momento em que o seu conhecimento chega à sua intelecção, aproximando-a mais do conceito de certeza que, enquanto processo psicológico, decorre do convencimento íntimo do indivíduo acerca da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato no mundo concreto. Desta forma o que se aceita como verdadeiro para uma pessoa, ou para uma entidade, pode não sê-lo para outra, devido a fatores de ordem vária, inerentes aos sujeitos envolvidos em cada operação. Neste sentido, acrescenta, calha a transcrição das palavras de Susy Gomes Hoffman²¹⁷ a respeito:

Concluimos que no direito, como nas ciências em geral, não buscamos a verdade, que seria a relação total de conhecimento entre o sujeito e o fato a ser desvendado, porque esse não é o conceito da fenomenologia. Assim, buscamos a manifestação do evento, como uma identidade suficiente entre o ocorrido e o que será relatado em linguagem própria do direito, porque somente essa tarefa é possível. Para que exista um sistema de direito eficaz, é preciso trabalhar com formas possíveis, que possibilitem decisões. A busca da verdade, por ser uma tarefa contínua e infinita, não possibilita a finalização e assim não tornaria o direito possível. A verdade em essência, por ser inatingível, é parâmetro suficiente para evitar que tomemos por absolutamente verdadeiros quaisquer enunciados, mesmo os científicos. Todavia, de acordo com o que será apresentado, tal premissa não significa que o direito será algo dissociado da realidade. O direito buscará a identificação entre o ocorrido e o relatado pelos órgãos competentes, identificação essa que será limitada às possibilidades de conhecimento que serão colocadas pelas normas.

Sobre o assunto, escreveu Ivan Campos de Souza²¹⁸ que a ordem jurídica admite como verdade “o resultado do conhecimento da realidade do conflito revelada pelo processo, mesmo que imperfeito tenha sido o trabalho de investigação”. A verdade é tão-só aquilo que o juiz:

[...] pode conhecer pelo processo, e que, sendo verossímil, tem probabilidade de ser verdade. A maior ou menor aproximação da verdade processual à verdade relativa é uma decorrência da política judiciária adotada no ordenamento. A verdade processual admite como realidade do objeto os seus aspectos revelados convincentemente no processo, pela atividade das partes.²¹⁹

²¹⁷ *Teoria da prova no direito tributário*. Campinas: Copola, 1999.

²¹⁸ *A verdade processual*, 1969, p. 55/58 apud MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 435.

²¹⁹ *Ibid.*, mesma página apud *Ibid.*, mesma página.

E, em outra parte observa:

A ordem jurídica, regulando a atuação coativa do direito positivo, por exigência de ordem prática, estabeleceu uma verdade padrão, a verdade processual que é aparência de verdade, verossimilhança, por conseguinte.

Em conclusão, afirma Ivan Carlos²²⁰:

[...] o comportamento justo do órgão jurisdicional é aquele que resulta da atuação adequada do ordenamento jurídico positivo, na sua incidência sobre o complexo fático, admitindo como verdade, entre o material revelado pelo *processus iudicii*, aquilo que se apresenta mais verossímil.

Na jurisprudência colhe-se, dentre vários, o seguinte julgado nesse sentido:

[...] a retórica da busca da verdade real, por inatingível, está superada: processo visa julgamento justo ao acusado. Há muito tenho me pronunciado neste sentido: '[...] De logo, como suporte teórico, tenho que o processo penal – superada a ingenuidade epistemológica de que ele busca a 'verdade real' – é *un conjunto de garantías fundamentales Del ciudadano frente al arbitrio y el abuso de la fuerza por parte Del Estado* (Luigi Ferrajoli, Revista Jueces para la Democracia, n. 4, p. 3, Madrid, 1998). Na mesma linha, ver Aduino Suannes, 'Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal', Revista dos Tribunais, 1999, p. 139). Assim, o processo penal busca julgamento justo ao cidadão (outra vez, Aduino Suannes), como instrumento de proteção ao cidadão frente ao Leviatã. É garantia do acusado¹'(TJ/RS, Cor. Parcial n. 70013271663, 5ª. Câ. Crim. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho, j.09.11.05, v.u.).

Atrelada subjetivamente à verdade está a *certeza*. De fato, como ensina Mittermaier, a verdade imprime um movimento à balança da consciência, e a este movimento corresponde um estado determinado de nosso espírito, de sensação de segurança ou desconfiança. A certeza, então, consiste nesse aspecto subjetivo, elimina no raciocínio do indivíduo a dúvida a respeito da verdade.

²²⁰ Ibid., mesma página apud Ibid., mesma página.

Há certeza, relativamente a um fato, quando o espírito se convence da sua existência, ou de uma condição ou inexistência.

A existência ou inexistência de um fato, ou de uma condição, ou circunstância, ou ponto de fato, - ensina Coppola – deve ter o batismo da certeza, para que possa ser tido em consideração nas suas relações com o direito e possa produzir efeito útil²²¹.

A certeza é dinâmica, lembra José Carlos G. Xavier de Aquino²²², e, como tal, é suscetível de uma constante avaliação na sua evolução, em nível científico-técnico, como em nível da maturação psicológica de certos indivíduos prenunciadores da verdade nos diversos planos da experiência humana.

Em suma, se a certeza corresponde à uma identidade da mente à idéia verdadeira, à evidência, surgirá para o juiz criminal sempre algumas indagações interiores, como, por exemplo, saber se a sua concepção de certeza é aquela que condiz com a realidade fática?²²³

Para que o magistrado forme sua convicção sobre a verdade possível a respeito de um evento que se procura provar, afirma, “não necessariamente precisa alcançar um juízo completamente verdadeiro, no sentido de representar, na sua totalidade, a dimensão do acontecido, pois certos fatos podem ser condizentes com a realidade, sem, contudo, serem completos”.

Portanto, conclui que:

²²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 330.

²²² Op. cit., p. 84/86.

²²³ Ibid., mesma página.

[...] ao agente do Poder Judiciário a verdade relativa para exercer o seu mister, pois sua cognição é mediata e jamais alcançará a verdade absoluta, pois verdadeiro ou falso podem ser nossos conhecimentos, nossos juízos, mas nem sempre a realidade objetiva, isso porque esta simplesmente está lá ou esteve lá, isto é, existe ou existiu, enquanto nossos conceitos ou impressões pessoais sobre o evento serão sempre subjetivos e sujeitos a equívocos, pois segundo PASCAL, o homem não sabe tudo de nada.²²⁴

Logo, ao proferir decisão, a certeza que se exige do julgador, e por ele possível de ser alcançada, depende de duas variáveis: a) da demonstração da realidade, o que se faz por meio das provas cuja produção foi permitida e cuja apreensão foi ordenada; e b) do processo meramente intelectual de apreciação e valoração dessas provas.

Na investigação da verdade por meios dos indícios e presunções, dois elementos são indispensáveis: um *fato conhecido* e o *raciocínio* (baseado nas máximas da experiência) a fim de atingir o *thema probandum* (fato desconhecido). Por meio deles, poder-se-á chegar à certeza, que se denomina moral²²⁵, e que autorizará o julgador a encontrar a verdade e aplicar o direito.

²²⁴ Ibid., mesma página.

²²⁵ CIRIGLIANO, Raphael. Op. cit., p. 365.

8 ESCORÇO HISTÓRICO

8.1 Indícios

Entre os romanos não existia uma doutrina sistemática acerca dos indícios. Contudo, tanto teoricamente quanto na prática, eram objetivamente reconhecidos dentro do sistema da prova legal. No direito romano da época de Cícero e Quintiliano²²⁶ se dava aos indícios valor para sustentar um juízo condenatório, não havendo, todavia, uma doutrina comum e única que os colocassem ao mesmo nível que os outros meios de prova conhecidos²²⁷.

Gianturco²²⁸ escreveu que

[...] in esso le prove sono ricercate al di fuori di supersitizioni o credenze e indipendentemente dall'uso di formule sacramentali o simboliche, e si fa ricorso ai mezzi razionali di prova (documenti, testi ecc.), ma il valore probante di questi è predeterminato, in via tassativa ed assoluta, dalla legge, si che al giudice non resta alcun potere discrezionale di apprezzamento di libera valutazione razionale, ed egli, anche se, nel suo intimo, convinto del contraio, è tenuto a condannare o assolvere il giudicabile, secondo che si verificano al meno determinate condizioni, previste dalla legge, con un'esasperante casistica.

No Direito Canônico, maior importância foi concedida aos indícios no sistema de provas legais, dentro de disciplina rigorosa, em que uma classificação

²²⁶ Mittermaeir cita o seguinte: “Vê-se pelas orações de Cícero que importância ligavam acusador e acusado a tornar manifestas aos olhos do juiz as probabilidades artificialmente deduzidas de todas as circunstâncias da causa; e Quintiliano, enfim, mostra todo o partido, que os oradores esforçavam-se por tirar dos *argumentos*” (Op. cit., p. 449).

²²⁷ ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 13.

²²⁸ *La prova indiziaria*. Milão: Guiffre, 1958, p. 04.

quantitativa e qualitativa se apresentava, sem, porém, estabelecer uma distinção entre indícios e presunções. Já na Idade Média os indícios não constituíam ou formavam prova plena, só aceita no caso de adultério, desde que o acusado fosse encontrado “*solus cum sola, nudus cum nuda et in eodem lecto*”²²⁹.

No século XII, entre os juristas e os glosadores permanecia a confusão entre indícios e presunções, continuando a ser considerados como algo sem profundidade, superficial, inferiorizados frente às demais provas. Só a partir do século XVI é que se formou uma doutrina acerca da compreensão e da valoração dos indícios, principalmente graças ao labor de Casonius, Ghilardius, Guido de Suzario, Bianchi, Brunus²³⁰. Lembra Manzini²³¹ que um criminalista do século XV, para o homicídio, enumerava mais de 50 indícios, e que Cristoforo Crusio, jurista alemão, indicava a existência de mais de 110 indícios de caráter geral e, em seguida, os peculiares a cada delito.

Roque de Brito Alves²³² esclarece que:

[...] também naquela aludida época, muito valor possuíam os denominados indícios supersticiosos²³³, aceitos pela doutrina de então – Muratori, Novello, Farinacius, Moscardo – considerados como obra da providência divina e da natureza contra o criminoso, produtos de lendas e preconceitos, de muito do *folk-lore*, muito afins com os Juízos de Deus [...] como o de que o cadáver sangrava em presença ou perante a aproximação do homicida.

²²⁹ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 286.

²³⁰ ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 14.

²³¹ *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Turim: Fratelli Bocca, 1924, v. 3, p. 339.

²³² Op. cit., p. 14.

²³³ René Garraud informa que “nas civilizações primitivas a crença na intervenção imediata e diária da divindade, junta à dificuldade de procurar provas diretas da culpabilidade, conduz quase sempre e em toda a parte à instituição de certas provas de onde se faz depender o resultado do processo. Estas provas não são outra coisa senão presunções fundadas não sobre a observação e a experiência, mas no arbítrio e na superstição. O apelo ao julgamento de Deus pelas ordalias e o combate judiciário, encontram-se particularmente nas noções de origem germânica mas tem sido uma instituição comum a quase todos os povos e raças durante um certo período da história” (Op. cit., p. 243).

O século XVI marca a glória dos indícios com o surgimento da legislação mais importante sobre este tema, qual seja, a *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, de Carlos V, obra célebre de Hans von Schwartzenberg, onde a prova indiciária é cuidada nos arts. 18 a 44, em seus vários aspectos, com o fito de tolher os abusos que existiam no campo da Justiça Penal²³⁴.

É daí que surge a classificação dos indícios legais, sistema posteriormente muito empregado nos códigos bávaro e austríaco.

Pierangeli²³⁵ exemplifica dizendo que:

[...] no artigo 18 a lei cuidava dos indícios que autorizavam o juiz a proceder à apuração do fato. Nos arts. 20 e 22 estabelecia o princípio fundamental de que os indícios, ainda que numerosos e fortes, não autorizavam nunca a condenação, mas possibilitavam a aplicação da tortura. No art. 25 estavam enumerados, separados em sete grupos, os vários indícios de caráter geral ou comuns, enquanto os arts. 33 a 44 especificavam os indícios peculiares a cada delito (homicídio, infanticídio, furto, envenenamento, incêndio, etc.).

Esta legislação em muito influenciou os Códigos austríacos de 1803²³⁶ e 1853, o Código bávaro de 1813, obra de Anselmo von Feuerbach, e os de toda a Europa, principalmente a legislação francesa, porque a Ordenança de 1670 não cuidava da prova indiciária²³⁷.

²³⁴ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 286.

²³⁵ Ibid., p. 287.

²³⁶ Sobre valor dos indícios e número necessário para permitir a condenação, diz Mittermaier que pela “Lei de 06 de julho de 1833 o legislador austríaco fez uma notável tentativa com o fim de assegurar a este respeito regras justas à consciência do juiz. Decretou que, para haver convicção, é preciso, como princípio, a reunião de três indícios pelo menos, tais como a lei os define; todavia, e por exceção, dois podem bastar, quando o acusado tiver um interesse particular no crime, ou, ainda, quando, tendo alegado fatos destruidores dos indícios, se achar juridicamente demonstrado o contrário desses fatos” (Op. cit., p. 439).

²³⁷ ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 15.

Vito Gianturco²³⁸ destaca o vínculo entre tortura e indícios informando que:

[...] se la tortura riusciva nell'intento, gli indizi, sommati alla confessione, si elevavano a dignità di prova; se l'inquisito non confesava in tormentis, gli indizi venivano purgati, perdevano, cioè, qualsiasi valore probante, salvi i casi eccezionali di tortura inflitta manentibus indiciis. In quest'ultimo caso l'assoluzione era solo ab judicio, sotto riserva di più ample informative, a tempo determinato o indeterminato (ad usque quo).

Destaca ainda Pierangeli²³⁹, que grande foi a evolução doutrinária da prova indiciária a partir do momento em que a tortura foi abolida. Os autores de então ora entendiam que o indício autorizava a aplicação de penas extraordinárias, como o exílio e o confisco, ora que só possibilitava condenação. Porém, nos fins do século XVIII e começo do XIX, a teoria predominante era a de que impossibilitava a condenação.

Com o acolhimento do sistema do livre convencimento do juiz, todavia, em oposição ao antigo sistema da prova legal, ao indício foi concedido o mesmo valor probante de qualquer outro meio de prova, embora os doutrinadores ainda mantivessem um desnecessário apego às classificações e distinções formais, de todo inúteis, por competir ao juiz valor o indício, dando-lhe a credibilidade que entender.²⁴⁰

Para o fim do século XVIII manifesta-se um considerável movimento das idéias e o espírito de melhoramento, que regenera a ciência criminal, não permite descuidar da teoria da prova. É o espírito universal de Beccaria²⁴¹ que abre espaço às novas indagações: estabelece que o princípio da certeza, exigida como coisa essencial em matérias criminais, não se pode encerrar em regras científicas ou

²³⁸ Op. cit., p. 07.

²³⁹ Op. cit., p. 288.

²⁴⁰ Ibid., mesma página.

²⁴¹ *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 27/30.

legais, mas repousa no senso íntimo e inato que guia o homem nos atos importantes da vida; e, portanto, são os jurados os melhores juízes do crime²⁴².

De fato, Beccaria debateu o valor dos indícios e a necessidade da certeza moral para condenação, argumentando que quando as provas independem uma das outras, quando cada indício pode ser provado separadamente, quanto mais numerosos forem esses indícios, tanto mais provável será o delito, porque a falsidade de uma prova em nada influi sobre a certeza das restantes.

O Código bávaro, de 1813²⁴³, todavia, reproduzindo com fidelidade todas as noções até então emitidas pela ciência, formulou:

[...] o sistema mais completo da prova por indícios, dá a sua definição, divide-a em diversas categorias, aponta numerosos exemplos, dá aos juízes instruções para a apreciação dos indícios próximos e longínquos, e, enfim, exige a execução de uma multidão de condições muito severas, que, preenchidas, o tribunal tem o poder de impor todas as penas ordinárias, exceto a de morte²⁴⁴.

8.2 Presunções

Em relação às presunções, iniciando pela sinonímia com os indícios, Moacyr Amaral²⁴⁵ diz que no direito romano não raro se encontram textos referentes

²⁴² MITTERMAIER, C. J. A. Op. cit., p. 34.

²⁴³ Referida codificação foi criticada por Mittermaier, uma vez que desconfiando dos erros judiciários quis empregar meias medidas, sujeitando “o seu livre convencimento a uma multidão de condições sistematicamente estabelecidas; de modo que muitíssimas vezes, e por não estarem satisfeitas na causa, o tribunal é obrigado a absolver um acusado, cuja certeza de culpabilidade lhe é demonstrada” (Ibid., p. 419).

²⁴⁴ Ibid., mesma página.

²⁴⁵ Op. cit., p. 335.

à prova indiciária com o significado de prova por presunção. Menciona-se a constituição 25, do Cód. Liv. 4, tit. 20, e a lei 19 do Cód. Liv. 3, tít. 32, bem como a lição do seu intérprete Cujacio, não se olvidando que Quintiliano dava a uma e outra a denominação de indícios.

No período romano, prossegue Moacyr Amaral²⁴⁶, príncipes e jurisconsultos, submetidos que lhes eram casos particulares, ao resolvê-los, constantemente de fatos conhecidos e mediante raciocínio lógico, extraíam presunções nas quais fundavam seus julgamentos. Para assegurar a eficácia de fontes do direito atribuída aos rescritos dos príncipes e às respostas dos jurisconsultos, quando do procedimento formulário se passou para o da *cognitio extraordinária*, “aconteceu o fenômeno notável das presunções livremente acolhidas por aqueles príncipes e jurisconsultos serem elevadas a textos de lei e dignidade e eficácia de normas gerais”. Salaria o citado autor que essa transformação de presunções comuns em procedimento *iuris* coincidia com a mutação das idéias acerca das funções do julgador, “agora tornado um funcionário do Estado e cada vez a este mais ligado pelos laços da burocracia e dos regulamentos”. Em razão disso, tais presunções, até então havidas como inferências de um fato conhecido para outro desconhecido, livremente colhidas e apreciadas pelo juiz, perderam essa natureza e se constituíram em preceitos legislativos, dos quais os relativos às presunções condicionais (*iuris tantum*) tinham por efeito inverter o natural ônus da prova entre as partes em juízo. Do exemplo romano se aproveitaram as legislações posteriores, que continuaram e ainda continuam a estabelecer tais inversões do ônus probatório.

²⁴⁶ Ibid., p. 360.

O intuito dos romanos, prossegue o mestre, transformando presunções comuns em presunções legais, como se viu, era o de assegurar eficácia de fontes de direito aos rescritos dos príncipes e às respostas dos jurisconsultos. À semelhança, os legisladores, que os seguiram também criaram presunções legais por motivos de ordem pública, que exigem maiores garantias a determinadas relações jurídicas, isto é, para tutelar o interesse social, facilitando a prova, diminuindo o arbítrio do juiz na apreciação das provas ou na decisão de certas questões de fato.

Decottignies²⁴⁷ ressalta que os autores discutem a questão de saber se essa transformação se operou na época bizantina, ou a partir da aparição do processo extraordinário; uns vêem a presunção como uma criação infeliz da escola de Bizâncio; outros entendem que ela nasceu no dia em que o juiz, de simples particular que era, se tornou um funcionário submetido cada vez mais aos regulamentos que lhe impunham seus superiores hierárquicos. Se se não pode fixar com precisão a data do nascimento, a filiação, entretanto, é certa:

[...] a presunção legal representa a herança das presunções que o juiz estabelecia por instigação dos jurisconsultos; o papel destes últimos era tão importante que Quintus Mucius Scaevola pôde ligar o seu nome à presunção referente à origem dos bens adquiridos pela mulher durante o casamento – presunção muciana.²⁴⁸

Moacyr Amaral²⁴⁹ justifica a origem da expressão *praesumptio iuris et de iure*. Refere que aparece em Azone, o qual cita como tendo sido usada pelos primeiros glosadores.

²⁴⁷ Op. cit., p. 30 apud *Ibid.*, mesma página.

²⁴⁸ *Ibid.*, mesma página.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 383.

Vinda da prática do século XIV ao que parece, e aceita pelo uso, Pothier, reproduzindo Alciato e Menochio, divulgou a expressão e deu lugar à sua entrada para o direito contemporâneo, refletindo e denominando uma categoria das presunções legais.

Reportando-se a vários autores, Moacyr Amaral²⁵⁰ esclarece que se trata de expressão intraduzível (Aron, Apud Coppola), sem sentido (Lessona e Ramponi), contendo linguagem meramente convencional (Bonnier), e assim a qualificam de estilo barroco (Laurent), expressão pouco elegante (Demolombe), semibárbara (Marcadé) e bárbara (Aron, Lessona, Ramponi). Coppola justifica-a nestes termos: “A preposição *de* significa por [...] *De jure* significa que a presunção é introduzida pela lei, por causa da lei, por força da lei, porque a lei não quer ser frustrada, porque a lei a considera verdade, contra a qual não permite discussão”.

O certo, arremata:

[...] é que a expressão *praesumptio iuris et de iure* não se encontra nas fontes romanas, mas também é certo que o conceito que traduz, já existia no direito justiniano, que admitia como verdadeiros certos fatos, vedada qualquer prova em contrário.

No velho Código Napoleônico se encontrava menção à presunção, definindo-a como conseqüências extraídas pela lei ou pelo magistrado de um fato conhecido para outro desconhecido²⁵¹.

²⁵⁰ Ibid., p. 383.

²⁵¹ ALVES, Roque de Brito. Op. cit., p. 21.

8.3 Evolução legislativa no Brasil

No direito pátrio, as Ordenações do Reino²⁵² que precederam ao Código Criminal do Império, especialmente as Filipinas²⁵³ cujo período de vigência no Brasil foi o maior (1603/1830), inexistia qualquer disciplina específica sobre indícios, presunções ou ficções, tratando referidos temas nas suas especificidades, senão a verificação de sua aplicabilidade em casos particulares, como os relativos à

²⁵² O Direito Penal que vigorou no Brasil, desde o seu descobrimento e até a independência tinha por fonte o Livro V das Ordenações do Reino. Por ocasião da descoberta, vigoravam as Ordenações Afonsinas, que foram mandadas compor por D. João I e o trabalho foi concluído em 1446, sob a responsabilidade de João Mendes, inspirado no direito romano e canônico. D. Manuel, o Venturoso, mandou aperfeiçoar as Ordenações, sob a responsabilidade de Rui Boto, Rui da Grã e João Cotrim, vindo a obra ser publicada em 1521, com o nome de Ordenações Manuelinas. Finalmente, Felipe II, da Espanha, que reinava em Portugal com o nome Felipe I, incumbiu os desembargadores Damião de Aguiar e Jorge Cabelo de atualizar a legislação, publicando as Ordenações Filipinas em 11 de janeiro de 1603, já sob o reinado de Felipe II, de Portugal. Por fim, restabelecida a monarquia Portuguesa, foram as referidas Ordenações revalidadas pela lei de 29 de janeiro de 1643. Sobre as Ordenações Filipinas, Batista Pereira assim se manifestou: “Espelho, onde se refletia, com inteira fidelidade, a dureza das codificações contemporâneas, era um misto de despotismo e de beatice, uma legislação híbrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o pecado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo dele um instrumento. Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade. Assim, a pena capital era aplicada com mão larga; abundavam as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo, as galés, e como a mesma severidade com que se punia a heresia, a blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de El-Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras e pernoitar com elas. A pena de morte natural era agravada pelo modo cruel de sua infligção, certos criminosos, como os bigamos, os incestuosos, os adúlteros, os moedeiros falsos eram queimados vivos e feitos em pó, para nunca de eu corpo e sepultura se pudesse haver memória. Com a volúpia pelo sangue, negação completa de senso moral, dessa lei que, na frase de Cícero, é *in omnibus diffusa, naturae, congruens, constans*, eram suplicados os réus de lesa-majestade, crime tão grave e abominável, e os antigos sabedores tanto o estranharam, que o compararam à lepra, porque, assim como esta enfermidade enche o corpo, sem nunca mais se poder curar, assim o erro da traição condena o que a comete, e impece e infama os que da sua linha descendem, posto que não tenham culpa. A este acervo de monstruosidade outras se cumulavam: a aberrância da pena, o confisco dos bens, a transmissibilidade do crime” (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru/SP: Jalovi, 1980, p. 06/08).

²⁵³ Referindo-se às Ordenações Filipinas, Aníbal Bruno disse que é preciso situá-la naqueles começos do século XVII, em que foram promulgadas e das quais refletem os princípios e os costumes jurídicos. “Baseados na intimidação pelo terror, como era comum naqueles tempos [...]. A legislação lusitana é, portanto, apenas um exemplo daqueles que vigeram no período do absolutismo monárquico, contra a qual se levantaria, com toda a força da sua íntima simpatia humana, a voz de Beccaria” (*Direito penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, t. 1, p. 160/161).

definição da idade penal (Título CXXXV)²⁵⁴. Nem é conveniente, todavia, extrair outros exemplos concretos e dignos de verificação, pois nessa época além da legislação não observar padrão técnico e científico, constituindo-se em descrições sem método, nenhuma preocupação existia com observância aos direitos fundamentais, de modo que predominando o terror as crenças religiosas, inclusive feitiçarias, impediam a análise crítica dos institutos estudados.

Com a proclamação da Independência, a Carta Constitucional de 1824, em seu artigo 179, § 1º., impunha, esclarece Pierangeli²⁵⁵:

[...] a urgente organização de um Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade. Os movimentos liberais e as novas doutrinas penais, aliadas às modificações sociais do tempo, impunham que essas novas concepções viessem influir na nova legislação.

De fato, referida Constituição reflete o forte impacto iluminista que recebeu, preocupada com a garantia de direitos civis e políticos dos cidadãos e garantia dos direitos fundamentais, como liberdade de locomoção, propriedade, igualdade, proibição de prisão sem formação de culpa, inviolabilidade do domicílio, liberdade de expressão e de imprensa, direito de petição, sigilo das

²⁵⁴ “Quando os menores serão punidos por os delictos, que fizerem. Quando algum homem, ou mulher, que passar de vinte annos, commetter qualquer delicto, dar-se-lhe-ha a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco annos passasse. E se for de idade de dezasete annos até vinte, ficara em arbítrio dos Julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lha. E em esse caso olhara o Julgador o modo, com que o delicto foi commettido, e as circunstâncias d'elle, e a pessoa do menor; e se o achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece total pena, dar-lhe-há, postoque seja de morte natural. E parecendo-lhe que a não merece, poder-lha-há diminuir, segundo a qualidade, ou simpleza, com que achar, que o delicto foi commettido. E quando o delinqüente for menor de dezasete annos cumpridos, postoque o delicto mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficara em arbitrio do Julgador dar-lhe outra menor pena. E não sendo o delicto tal, em que caiba pena de morte natural, se guardara a disposição do Direito Commum.”

²⁵⁵ Op. cit., p. 08.

correspondências, segurança pessoal, juiz natural, personalidade das penas, abolição das penas infamantes e cruéis, conforme assegurados em seu artigo 179.

Foi nesse contexto, ou seja, inspirados na preocupação de se impor pena apenas com base em provas produzidas e analisadas livremente pelo juiz, obedecendo-se a preceitos e princípios de um processo penal diverso daquele que vigorava sob a égide das Ordenações, é que, embora ainda não disciplinando referidos institutos de maneira própria, mas já se aproximando, o Código Criminal do Império²⁵⁶ tratou do valor das presunções, no seu artigo 36, com a seguinte redação: “Nenhuma presunção, por mais vehemente que seja, dará motivo para imposição de pena”.

Evidente que essa disposição foi fruto, como apontado, do sentimento de justiça que reinava na época, que se refletiu, portanto, criando-se fórmulas para impedir os arbítrios comuns do sistema anterior. A condenação com base em presunções e indícios naquele momento não era aceita, apenas com sustentação em provas diretas, pensamento que se modificou com o progresso da ciência penal.

²⁵⁶ Lembra Pierangeli, que “embora determinasse a Carta de 1824 a urgência da elaboração do Código, só em 16 de dezembro de 1830 foi ele sancionado, com o nome de Código Criminal do Império. Sobre o projeto Bernardo Vasconcelos se assentaram os trabalhos da comissão mista da Câmara e do Senado, vindo o Código a se constituir numa obra que mereceu louvores dos penalistas de seu tempo. Comenta-se que penalistas como Haus e Mittermaier aprenderam português para lê-lo no original. Nesse Código, presentes estão as idéias de Bentham, que também influenciou na elaboração dos Códigos Francês de 1810 e Napolitano de 1819, com os quais guarda, em muitas passagens, grande proximidade. O nosso Código Criminal do Império influiu poderosamente na elaboração do Código Penal espanhol de 1848 e através deste em vários Códigos Penais de países da América Latina” (Ibid., mesma página).

Com precisão relata Galdino Siqueira²⁵⁷, que se argumentava que com a disposição legal o legislador quis vedar a prova indiciária como base de sentença condenatória, entendendo por presunções e indícios termos equivalentes, mas na verdade a inserção encontrava explicação em circunstância especial, pois:

[...] o legislador de 1830 achava-se em face do processo puramente inquisitorial, como vinha estabelecido pela Ord. do liv. V, leis extravagantes e praxe, onde o arbítrio tinha largo âmbito, em detrimento da liberdade individual, e dahi a sua preocupação de firmar desde logo o princípio de que todo o homem presume-se inocente, princípio que só deve ceder diante da certeza do contrário, adminiculada por dados concludentes.²⁵⁸

Em várias outras passagens há o emprego da presunção, dentre elas: a disciplina sobre a idade para responsabilização penal (art. 10, § 1º.) declarando inimputáveis os menores de 14 (catorze) anos; inúmeros dispositivos baseados na idade do autor e vítima em função da presunção de sua menor capacidade de discernimento, como a inovadora circunstância atenuante da menoridade (art. 18, § 10), as elementares do crime de estupro²⁵⁹, sedução²⁶⁰ e rapto²⁶¹; diversos crimes de perigo, embora sem inclusão em título próprio, como a Conspiração²⁶² e Uso de armas defesas²⁶³.

No campo das ficções, o artigo 6º. estabelecia uma equiparação legal de cumplicidade àqueles que recebessem produtos do crime, conduta atualmente descrita como receptação. Outro exemplo era a ficção de legítima defesa

²⁵⁷ Op. cit., p. 711.

²⁵⁸ Ibid., mesma página.

²⁵⁹ “Art 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezeseite annos”

²⁶⁰ “Art 224. Seduzir mulher honesta menor de dezeseite annos e ter com ella cópula carnal”.

²⁶¹ “Art 227. Tirar para fim libidinoso por meio de afagos e promessas alguma mulher virge, ou reputada tal, que seja menor de dezeseite annos, de casa de seu pai, tutor, curador ou outra qualquer pessoa em cujo poder ou guarda estiver”.

²⁶² “Art. 107. Concertarem-se vinte pessoas ou mais para praticar qualquer dos crimes mencionados nos arts. 68, 69, 85, 86, 87, 88, 89, 91 e 92, não se tendo começado a reduzir a acto”.

²⁶³ “Art 297. Usar de armas offensivas que fõem prohibidas”.

própria ou de terceiros, pelo art. 14, § 4º., considerando justificado o crime quando “o mal causado na repulsa dos que de noite entrarem ou tentarem entrar nas casas em que alguém morar ou estiver, ou nos edifícios ou pateos fechados a ellas pertencentes, não sendo caso em que a eli o permite”.

Ainda sob o influxo das idéias iluministas, pouco tempo depois ingressava no cenário jurídico nacional o Código de Processo Criminal de Primeira Instância, de 1832²⁶⁴, que no capítulo VI relativos às provas nenhuma menção fez aos indícios e presunções tratando-o autonomamente. Todavia, assim como no Código Penal, em temas diversos foram empregados, como no caso dos “indícios de autoria” do crime e “presunção de cumplicidade” consignados no artigo 123, autorizando o oficial de justiça a levar ao juiz “todo aquele que for encontrado junto ao lugar, onde se acaba de perpetrar um crime, tratando de esconder-se, fugir, ou dando qualquer outro indício desta natureza, ou com armas, instrumentos, papeis, e efeitos, ou outras cousas que façam presumir cumplicidade em algum crime, ou que pareçam furtadas”. Trata-se de hipótese do chamado “termo de bem viver, e de segurança”, que se aproximava do flagrante delito. Outros exemplos e ainda com mais propriedade, claramente aceitos como provas para a condenação, são os artigos 144 e 145, segundos os quais, respectivamente, se o juiz se convencer da existência do delito, e de quem seja o delinqüente, declarará por seu despacho nos

²⁶⁴ Lei de 29 de novembro de 1832. Foi muito elogiado em função de seu espírito liberal, mas também criticado pelo mesmo motivo, uma vez que era liberal em excesso, concedendo garantias demais aos acusados, ao passo que, quanto à autoridade do poder público, não o armava de meios necessários para a descoberta e perseguição dos delinqüentes. Mas Pierangeli adverte que toda crítica ou elogio deve ter em conta o momento histórico que era vivido. “O que se nos afigura fora de dúvida é que os pensamentos iluministas da época nele se fizeram sentir, aqueles mesmos princípios que tinham influído na elaboração da Constituição do Império e do Código Criminal de 1830” (*Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru/SP: Jalovi, 1983, p. 99).

autos que julga procedente a queixa ou denúncia (art. 144), ou caso contrário, quando “não obtenha pleno conhecimento do delicto, ou indícios veementes de quem seja o delinqüente”, julgará improcedente (art. 145) a ação. Assim, expressamente ficou consignada a possibilidade de o julgador amparar-se em indícios veementes para fundamentar a condenação.

Em 1841, pela lei 261, de 03 de dezembro, o Código de Processo Penal foi reformado. No regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, da referida lei, em seu artigo 300 é criada, na matéria das fianças, presunção de vagabundagem da seguinte forma:

São considerados vagabundos os indivíduos que não tendo domicílio certo, não tem habitualmente profissão ou officio, nem renda, nem meio conhecido de subsistência. Serão considerados sem domicílio certo os que não mostrarem ter fixado em alguma parte do Império a sua habitação ordinária e permanente; ou não estiverem assalariados ou aggregados a alguma pessoa ou família.

Já o Regimento n. 737, de 1850, classificou as presunções legais em absolutas e condicionais. De fato, o seu artigo 185 dizia: “São presunções legais absolutas os fatos ou atos, que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada”; e no artigo 186 havia a seguinte definição: “Presunção legal condicional é o fato ou o ato que a lei expressamente estabelece como verdade, enquanto não há prova em contrario”²⁶⁵. Essa legislação, todavia, tinha natureza civil.

²⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 367/368.

Com a proclamação da República foi editado e publicado o novo Código Criminal, chamado agora de Código Penal Brasileiro²⁶⁶. Nele houve a reprodução do artigo 36 do código anterior, agora disciplinado pelo artigo 67. Referido dispositivo continha uma grande contradição, já como o anterior, porque vários outros dispositivos, já mencionados, eram baseados nas presunções. Todavia, desta vez porque, embora não admitisse como regra geral a prova presuntiva para aplicação da pena, foi no seu bojo originariamente criada a conhecida presunção de violência nos crimes sexuais, disciplinada pelo artigo 272, conforme segue: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos”.

Ademais, diversos outros institutos penais já referidos eram sabidamente fruto da aplicação da presunção, especialmente a disposição sobre a ignorância da lei penal por presunção de que todos a conheçam (artigo 26, letra “a”) e os crimes de perigo, que passaram a figurar com rubrica própria no Título III, Capítulo I, da seguinte forma: “Do incêndio e outros crimes de perigo commum”, bem como as contravenções de perigo comum (Capítulo VI do Livro III).

²⁶⁶ Campos Salles encarregou Batista Pereira de preparar o novo Código Penal, trabalho que foi remetido à apreciação de uma comissão de juristas presididas pelo próprio ministro. Assim, em 1 de outubro de 1890 foi criado o Código Penal Brasileiro, pelo decreto de 06 de dezembro do mesmo ano, marcado o prazo de 06 (seis) meses para sua execução (PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 10).

Para Aníbal Bruno “o primeiro Código Penal da República foi menos feliz que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor, já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo” (Op. cit., p. 166).

Galdino Siqueira²⁶⁷ destacou a impropriedade do legislador, tanto porque naquela ocasião já não prevaleciam as condições especiais que forçaram o legislador de 1830 a estabelecer tal regra, ou seja, o sistema inquisitorial anterior, como também porque no Código de Processo Penal, já desde a sua entrada em vigência, expressamente os indícios eram aceitos como suficientes para ensejar o decreto condenatório (art. 145). De outro lado, contudo, Oscar de Macedo Soares²⁶⁸, sustentando que presunção não é prova porque incapaz de produzir a convicção, bastando isso para demonstrar que o dispositivo do Código “não pode justificar os que pretendem sustentar a inadmissibilidade em nosso direito da prova indiciária para fundamentar uma sentença condenatória”, visto que presunção não é indício.

Prosseguindo, encontra-se no Código de 1890, igualmente, o recurso da criação de ficção jurídica na matéria penal, ao estabelecer pela primeira vez a classificação de território nacional por extensão, mas sem essa denominação, no artigo 4º. *in verbis*:

Incluem-se na definição de território brasileiro:

- a) Os portos e mares territoriais;
- b) Os navios brasileiros em alto mar;
- c) Os navios mercantes estrangeiros surtos em porto brasileiro;
- d) Os navios de guerra nacionais em porto estrangeiro.

Também se criou a ficção jurídica das hipóteses assemelhadas à violência, no artigo 269, com a seguinte redação:

²⁶⁷ Op. cit., p. 713.

²⁶⁸ *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal, n. 6, 2003 (Coleção História do Direito Brasileiro), p. 173.

Por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthetics e narcóticos.

No projeto de reforma da parte geral de Sá Pereira²⁶⁹, três hipóteses até então desconhecidas de presunção foram criadas, sendo duas pertinentes ao motivo do crime, pelos artigos 30²⁷⁰ e 31²⁷¹, uma de natureza relativa e outra absoluta, respectivamente, conforme o autor deixou expresso na exposição de motivos; e a terceira sobre a idoneidade moral, no artigo 64²⁷², referente aos crimes cometidos por meio da imprensa, constituindo-se inovação nessa matéria também em razão da menção aos seus efeitos, ou seja, de comportar ou não prova em contrário.

E com a admissão das presunções foi excluída a proibição de imposição de pena conforme vinha consagrada nos códigos precedentes, firmando-se como base para o Código de 1940.

O projeto também altera a menoridade penal, tornando-a absoluta até os 14 (catorze) anos e relativa até os 18 (dezoito) anos (artigo 40).

²⁶⁹ “Por determinação de Arthur Bernardes, o Desembargador Virgílio de Sá Pereira foi incumbido da elaboração de um projeto, cuja Parte Geral foi publicada no Diário Oficial de 10 de novembro de 1927, e, em 23 de dezembro de 1928, era apresentado o Projeto Completo, que trazia a Parte Geral modificada [...]. Muito embora se tratasse de obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica brasileira, o Projeto Sá Pereira também não logrou aprovação [...] e com o golpe de Estado de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso, não pode o lado de Sá Pereira ser naquele momento aproveitado” (PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 77).

²⁷⁰ “Presume-se a existência de um móvel pessoal desde que, para o autor, seus ascendentes, descendentes, irmãos, tios e sobrinhos, ou para o chefe social de sua família, um proveito apreciável resulte ou possa resultar do crime”.

²⁷¹ “Ter-se-há sempre por existente um móvel pessoal quando, com o crime, a concupiscência se sacia, a inimizade se vinga, ou a crueldade natural se patenteia, já do modo por que o crime se realizou, já de sua desnecessidade para a obtenção do fim político-social, que se invoca, para qualifica-lo como tal”.

²⁷² “A idoneidade moral é presunção que se afere por um vida honesta e pela consideração social dispensada à pessoa, mas que cede à prova em contrário preliminarmente dada pelo ofendido”.

A ficção do erro sobre a pessoa já se anuncia pelo artigo 51, ao mencionar que na aplicação da pena serão atendíveis as circunstâncias afetas à vítima visada.

Na Consolidação das Leis Penais²⁷³ nenhuma alteração que merecesse destaque nesse tema foi introduzida, senão a presunção de regeneração como condição para a concessão livramento condicional²⁷⁴.

Com a elaboração do Código Penal de 1940²⁷⁵, ganharam espaço referidos temas, que também já faziam parte do anteprojeto de Alcântara Machado. De fato, na matéria das presunções, houve mudança importante de base, pois foi suprimido o dispositivo que impedia a imposição de pena com suporte em prova nelas amparadas, o que depois ficou bem justificado na exposição de motivos do Código de Processo Penal, como se verá a seguir. Tanto que a prova indiciária foi incluída no capítulo das provas, passando-se a vigorar o sistema do livre convencimento na formação da convicção judicial, em abandono ao sistema chamado de certeza legal.

²⁷³ Várias leis esparsas que visavam sanar os defeitos do Código republicano foram editadas, até que receberam compilação pelo Desembargador Vicente Piragibe, que as sistematizou em um corpo de dispositivos, recebendo o nome de Consolidação das Leis Penais, a qual passou a ser o novo estatuto penal do Brasil, oficializada pelo decreto de 14 de dezembro de 1932.

²⁷⁴ “Art 50 [...] b) ter tido o condenado, durante o tempo da prisão, bom procedimento indicativo da sua regeneração”.

²⁷⁵ “Com a instauração do novo regime, o chamado Estado Novo, o Ministro Francisco Campos encarregou o professor Alcântara Machado de elaborar um anteprojeto de Código Penal, de cuja missão o professor paulista se desincumbiu rapidamente e em 15 de maio de 1938, já com a exposição de motivos, era publicado o ‘Projeto de Código Criminal Brasileiro’. O projeto foi revisto por uma comissão composta de Vieira Braga, Roberto Lyra, Narcélio de Queiroz e Nelson Hungria. Divergências profundas advieram entre Alcântara Machado e a comissão revisora. Desta forma, o projeto foi substancialmente modificado, mas mantida a sua base, dando-se origem ao novo código, sancionado em 07 de dezembro de 1940, para entrar em vigor em 01 de janeiro de 1942. O novo código é eclético, afirma Pierangeli, pois “concilia no seu texto as idéias dos neoclássicos com o positivismo, o que é salientado pela própria Exposição de Motivos. Daí afirmarem que o legislador acendeu uma vela a Carrara e outra a Ferri” (Op. cit., p. 12).

Nessa linha, a principal inovação depois daquela acima citada foi a introdução das hipóteses de presunções legais absolutas da periculosidade²⁷⁶, pelo artigo 78, relativamente aos inimputáveis e semi-imputáveis, aos ébrios por habitualidade, aos reincidentes em crime doloso, aos condenados por crimes decorrentes de associação, bando ou quadrilha; não se olvidando das hipóteses de presunção do artigo 77, de natureza relativa, proveniente da comprovação dos indícios pertinentes a antecedentes, personalidade, motivos, circunstâncias, torpeza, perversão, malvadez, etc., matérias que serão analisadas em detalhes em item próprio.

Merece destaque especial, ainda na esteira das anteriores, a previsão da medida de segurança, tanto aos imputáveis quanto inimputáveis, no sistema conhecido como duplo binário, e que tinha como requisitos básicos a prática de fato definido como crime e justamente a comprovação da periculosidade do agente, presumida conforme se verificou acima (artigo 76, II).

Diversas outras criações importantes foram igualmente introduzidas. O princípio da *nulla poena sine culpa* é destacado na exposição de motivos para afirmar que na nova sistemática não havia espaço para o emprego da presunção na caracterização da culpa e dolo, o que ficou claro pela disposição do artigo 15, parágrafo único: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Sabidamente, seja em relação ao dolo, mormente o eventual, como à culpa, o raciocínio presuntivo é

²⁷⁶ Pelo Decreto-lei 3.688/41, a Lei das Contravenções Penais trouxe igualmente artigo próprio para a presunção de periculosidade (artigo 14).

comum e até necessário, donde se conclui também que em verdade se estava referindo à responsabilidade objetiva.

Houve imprecisão no dispositivo porque a conduta dolosa é a regra e a exceção, a culposa, de modo que correto seria mencionar “senão quando o pratica culposamente”, ou seja, no mínimo a título de culpa, pois a regra é o dolo. Tal incorreção foi solucionada pelo artigo 19 do Código Penal modificado pela Lei 7.209/84, como será mencionado à frente.

Em sintonia com o princípio supra, foi eliminada a cumplicidade fictícia *post factum*, passando-se a considerá-la como crime autônomo de receptação (artigo 180) ou favorecimento pessoal (artigo 348).

Também na disciplina do erro ficou bem claro o emprego da presunção, especialmente pelo artigo 17 sobre o erro de fato nas excludentes, ou seja, tornando isento de pena aquele que “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”.

A respeito do conceito de crime, ficou frisado pela exposição de motivos que não existirá infração penal sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano, reforçando aí a aplicabilidade da presunção na constituição estrutural do crime.

Para o *sursis*, a concessão do benefício se subordinou ao emprego de uma presunção, qual seja, a constatação de que “os antecedentes e a

personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinqüir” (artigo 57, II).

No campo das ficções, embora tivesse desaparecido a regra sobre território por extensão ou território fictício – re-introduzido depois pelo Código de 1969 e pela reforma de 1984 – outra inovação importante foi a criação da ficção do erro sobre a pessoa (artigo 17, § 3º.), em que não se consideram “as condições e qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”, isso para efeito de fixação da pena e verificação do elemento subjetivo.

O crime continuado ganhou o formato atual (artigo 51, § 2º.), adotando-se, então, a teoria da ficção de crime único, com aplicação de pena de um só dos delitos, mas exasperada:

[...] quanto o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Na parte especial, a título de exemplo, podem ser citados vários dispositivos. Relativo às ficções, dois conceitos merecem observação: o de “casa” estabelecido pelo artigo 150, § 4º., compreendendo a expressão três hipóteses, a saber – qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva e compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade –, bem como o de funcionário público descrito no artigo 327, considerado, para efeitos penais, “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, não se olvidando da previsão pelo parágrafo único.

Nela “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

Em relação às presunções, destacam-se inúmeros capítulos destinados aos crimes de perigo, que foram criados em grande variedade, tanto de perigo concreto como abstrato, como, no rol dos crimes previstos no Título I – Dos crimes contra a pessoa –, figuraram no Capítulo III, sob a rubrica “Da periclitación da vida e da saúde”; os delitos de perigo de contágio venéreo (artigo 130), abandono de incapaz (artigo 133) e omissão de socorro (artigo 135). No título VIII, referentes aos Crimes contra a Incolumidade Pública, os expressos no Capítulo I, com rubrica “Dos crimes de perigo comum”, dentre os quais o incêndio (artigo 250), explosão (artigo 251, inundaçãõ (artigo 254) e desabamento (artigo 256).

Interessante modificação foi a redução da idade da vítima no caso de presunção de violência, rebaixada para não superior a 14 (catorze) anos (artigo 224, letra “a”), bem como a criação de outras duas hipóteses, correspondente ao fato da vítima ser alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância (letra “b”) e a situação da vítima não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (letra “c”).

No âmbito processual, o novo Código de Processo Penal e na mesma data a Lei das Contravenções Penais, seguiram a mudança de postura já delineada no Código Penal.

Por meio do Código de Processo Penal de 1941²⁷⁷ foi introduzida na legislação penal a definição de indícios no título das provas, no seu artigo 239. Como já se apontou, o legislador entendeu os indícios como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outras circunstâncias”.

A explicação para a inclusão dos indícios como meio de prova aparece na exposição de motivos, no sentido de que o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal, atribuindo ao juiz a faculdade de iniciativa de provas, sem que entre elas houvesse qualquer hierarquia, devendo o julgador formar a convicção pela livre apreciação destas, não ficando subordinado, portanto, na análise dos elementos probatórios colhidos, a nenhum critério apriorístico.

Evidencia-se que o espírito que norteou o código, segundo o Ministro Francisco Campos, foi no sentido de se obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade.

Impunha-se, na época, conforme ficou expresso, a par da necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num código

²⁷⁷ O Ministro Francisco Campos encarregou a comissão composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, desembargador Florêncio de Abreu e o professor Cândido Mendes de Almeida. A obra foi publicada em 11 de dezembro de 1941, para entrar em vigência em 01 de janeiro de 1942.

único para todo o Brasil²⁷⁸, o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia na ação repressiva do Estado, pois as leis de processo penal vigentes asseguravam aos réus, ainda que colhidos em flagrante delito, um extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se tornava, necessariamente, defeituosa e retardatária. Decorre disso um indireto estímulo à expansão da criminalidade, urgindo abolir a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social, não se podendo continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.

O excesso de formalismo e a existência de “fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos” emperravam a busca da verdade real, fazendo com que criminosos se vissem beneficiados. A ruptura desse modelo e a adoção clara do princípio da livre convicção motivada constituíram terreno fértil à prova indiciária, tanto que foi incluída no novo estatuto processual.

Nenhuma referência às presunções como meio de prova, todavia, foi feita, senão incluída expressamente na disciplina das hipóteses de flagrante delito, pelo artigo 302, IV – pertinente à prisão de quem é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração

²⁷⁸ A Constituição de 1891, de maneira implícita, outorgou aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de processo, ao dispor, em seu artigo 34, § 23, entre as atribuições do Congresso, a de “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”. Alguns Estados se apressaram em elaborar os seus códigos de processo penal, enquanto outros preferiram prosseguir com o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, com as modificações que se haviam processado, e legislar supletivamente. Pierangeli (*Processo penal*. p. 165), afirma que além dessa heterogeneidade legislativa, produziu o sistema pluralista...perniciosos resultados para a cultura jurídico-processual, que durante o período em que vigorou a pluralidade legislativa, medrou mui tímida e fracamente, como se estivesse estiolada. Foi com a Constituição de 1934 que se pôs fim ao sistema pluralista, ao estabelecer que competia privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 5º., inciso XIX, alínea “a”).

– ou implicitamente nos artigos 157 e 198, o primeiro relativo à liberdade de formação de convicção pela livre análise das provas e o segundo, a respeito do silêncio do acusado no interrogatório, constitutivo de elemento à formação do convencimento do juiz.

Em 1969 surge o novo Código Penal²⁷⁹, de Nelson Hungria, que sabidamente não chegou a ter eficácia. No seu bojo, contudo, no que foi seguido posteriormente pela reforma de 1984, foram suprimidas as disposições sobre a aplicação de medidas de segurança aos imputáveis, provocando algumas alterações na presunção de periculosidade e classificando-a como acentuada, escassa ou nenhuma (artigo 52, § 1º). Criou-se, de outro lado, as ficções do criminoso habitual ou por tendência (artigo 64, § 2º e 3º), para os quais a pena indeterminada era aplicada.

A ficção de território por extensão (artigo 7º, § 1º) foi recuperada e criou-se, em relação à imputabilidade por idade, uma situação intermediária, de inimputabilidade relativa entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, o que foi muito criticado.

Finalizando, na reforma de 1984²⁸⁰, da parte geral do Código Penal, mudanças de relevo foram produzidas, dentre as quais a supressão das disposições sobre a medida de segurança aos imputáveis, acabando como o sistema do duplo binário, bem como das regras referentes à presunção de periculosidade, permanecendo a sua apreciação, todavia, expressamente na medida de segurança,

²⁷⁹ Decreto-lei n. 1004, de 21 de outubro de 1969.

²⁸⁰ Lei 7.209, de 11 de julho de 1984.

porque em relação à Lei das Contravenções Penais o dispositivo considera-se revogado tacitamente. Também foram eliminadas as ficções de criminoso habitual e por tendência. Em outra esteira, confirmou-se a re-introdução da ficção de território por extensão. Enfim, houve uma clara intenção dos reformistas de eliminar os dispositivos que pudessem se opor ao pensamento base das mudanças, ou seja, a defesa intransigente da responsabilidade subjetiva, conforme denuncia o item 18 da exposição de motivos.

9 A PRESUNÇÃO NA DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

9.1 Conceitos de responsabilidade

Define-se a responsabilidade penal como o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável²⁸¹. Trata-se da existência dos pressupostos psíquicos pelos quais alguém é chamado a responder penalmente pelo crime que praticou.

Extrai-se daí o entendimento sobre a responsabilidade subjetiva, pois para que o agente esteja obrigado a responder pelo crime é preciso contar com indispensável condição psíquica, pressuposto da conduta dolosa ou culposa, ou seja, agir com vontade e capacidade para dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico.

Nelson Hungria²⁸² explica que essa capacidade volitiva corresponde àquela do *homo medius*, no sentido de uma suficiente força de vontade para resistir ao impulso para a ação e agir em conformidade com a consciência ético-jurídica geral.

²⁸¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, t. 1, p. 603.

²⁸² *Comentários ao código penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, t. 2, p. 358.

A responsabilidade subjetiva, em resumo, significa o vínculo psíquico que liga o agente ao crime praticado, em decorrência da manifestação de vontade consciente e dirigida ao fim colimado.

Trata-se de princípio maior do Direito Penal, em oposição à ultrapassada responsabilidade sem culpa – *nulla poena sine culpa* – consistente na possibilidade de imputação de um crime a alguém apenas pelo vínculo concreto, objetivo, sem necessidade de demonstração do liame psíquico, subjetivo.

Assis Toledo²⁸³ traz preciosa lição a respeito noticiando que ao tempo da responsabilidade sem culpa, também denominada objetiva, só interessava o fato exterior danoso. “Desconsiderava-se a existência de alguma ligação, além da simples causalidade física, entre o fato causado e o agente”. Com o passar do tempo e com o aprimoramento da cultura o homem percebeu a diferença entre o causar inevitavelmente um dano e o causar um dano evitável, diferença essa que revelava um aspecto particular do seu agir, isto é, a consideração de que a evitabilidade do fato passava pelo exame subjetivo, psíquico do agente, por meio de sua faculdade de prever os acontecimentos, de querer ou não querer esses acontecimentos, e, portanto, de evitá-los, de provocá-los em certas circunstâncias, de manipulá-los. Com isso, ao lado da evitabilidade, descobriu-se igualmente a previsibilidade e a voluntariedade do resultado danoso.

É a partir daí que se começa a construir a noção de culpabilidade, com a introdução, na idéia de crime, de alguns elementos psíquicos, ou anímicos – a previsibilidade e a voluntariedade – como condição da aplicação da pena criminal – *nullum crimen sine culpa*.²⁸⁴

²⁸³ *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 219.

²⁸⁴ *Ibid.*, mesma página.

Assentados nesses dois elementos anímicos, um volitivo, outro intelectual (o voluntário e o previsível), construíram-se dois importantes conceitos penalísticos – o dolo e a culpa, hoje entendidos como elementos subjetivos da conduta criminosa, daí a responsabilidade penal não admitir outra forma senão a subjetiva.

O Código Penal vigente traz essa regra com clareza ao estipular que os crimes são dolosos e, por exceção, também culposos (artigo 18), não se admitindo a punição por resultado que não seja, ao menos, praticado culposamente (artigo 19).

9.2 O elemento volitivo

A base da responsabilidade subjetiva, como anunciado, é a vontade e a previsibilidade do agente em relação ao fato praticado, bem como a sua evitabilidade. Esse vínculo se estabelece não apenas para definir o elemento subjetivo do crime em si, ou seja, se o agente atuou com intenção de praticar o crime ou apenas produziu o resultado previsível e não querido, por descuido, mas também para esclarecer a caracterização de vários outros institutos afetos ao delito, como, i.e., a tentativa (artigo 14, II); a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (artigo 15); o arrependimento posterior (artigo 16); e o estado de necessidade (artigo 24).

Esses são poucos exemplos de institutos que têm como elemento o aspecto psíquico do agente, vale dizer, sua conformação jurídica depende da demonstração do elemento anímico da conduta para que se integralize e possa ser aplicado ao caso concreto. Em todos eles a vontade figura como elementar expressa.

Poder-se-ia, apenas a título de exemplificação, citar outros em que a vontade do agente é presumida pela própria lei, como são os casos clássicos da renúncia e do perdão tácitos (artigos 104 e 106 do Código Penal), presumidos em função da “prática de ato incompatível com a vontade” de exercer o direito de queixa ou de prosseguir com a ação proposta.

Tarefa imprescindível do intérprete, logo, é desvendar o conteúdo da vontade do agente, não só na prática do crime, como também para análise de outros institutos relacionados.

A dificuldade está em que estas expressões – vontade, previsibilidade e evitabilidade – são aspectos de ordem interna, que se formam no plano subjetivo, área restrita e às quais somente tem acesso a própria pessoa. Tornam-se objetivadas quando exteriorizadas pelo agente, momento a partir do qual é possível tentar decifrar a real intenção do indivíduo, porque não se pode invadir seu psiquismo, mas apenas recolher as atitudes exteriorizadas a fim de buscar a exata representação contida no subjetivismo.

Somente de modo indireto, ou seja, através de indiciárias expressões de conduta, de interpretação de atitudes exteriorizadas, de comparações, de analogias ou sugestões da experiência em torno de casos pretéritos, é que se pode formular o juízo a respeito da intenção do agente no momento da conduta.

A intenção do agente pode ser, para piorar, falseada ou fingida, não atingindo o *substratum* da intimidade psíquica do indivíduo, inexistindo, outrossim, processo algum para a extrair a verdade diretamente do plano subjetivo.

O intérprete, nestas condições, deve se aparelhar de recursos e formas para, por meio das atitudes objetivadas, desvendar o real conteúdo anímico do agente. Um dos caminhos é o emprego da presunção colhida da experiência do homem médio – *homo medius*.

9.3 O conteúdo psíquico no *homo medius*

O *homo medius* significa a *opinio juris* popular, que se extrai do pensamento comum dos homens concernente a determinado fato. Não se busca a resposta nem nos mais inteligentes e prudentes e nem nos mais descuidados e aculturados. Busca-se o sentimento, o pensar do cidadão comum, o raciocínio mediano que a maioria tem a respeito do assunto.

Nelson Hungria²⁸⁵ defende que:

[...] experiência da vida social faz com que o homem normal, ainda que analfabeto ou jamais tenha lido um exemplar de código penal, saiba o que é reprovado pela ordem jurídica. Somente os loucos, os imaturos e o *homo sylvester* ignoram o mínimo ético cuja transgressão constitui ilícito penal.

O raciocínio do *homo medius* tem emprego costumeiro no Direito Penal para determinar o conteúdo de vários institutos e para extrair a certeza relativa ao fato pesquisado.

É com base no pensamento do *homo medius* que se busca o conhecimento sobre temas variados, podendo-se citar, como exemplos: no crime culposos, a conclusão sobre a inobservância das regras de cuidado objetivo e especialmente a previsibilidade do agente em face do resultado; no crime doloso, notadamente a previsibilidade e assunção do risco no dolo eventual; na culpabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude do fato e inexigibilidade de conduta diversa; no erro de tipo, a suposição de realidade diversa que autorizaria a conduta, se existisse; nas excludentes de criminalidade, como a legítima defesa, a escolha correta dos meios e a moderação no uso.

Em todos esses casos e muitos outros, é o conhecimento e a experiência do homem médio segundo *id quod plerunque accidit*, que o interprete se ampara para extrair a conclusão a respeito do *thema probandum*.

²⁸⁵ Op. cit., p. 151.

Esse raciocínio se faz por meio de presunção, figurando a conduta do agente como fato-base indiciante, ou seja, a premissa menor, e o raciocínio do *homo medius* como premissa maior, buscando-se, assim, a conclusão do que seria correto naquela situação, a fim de comparar com o comportamento do agente.

Exemplificando: José está fumando no palheiro (premissa menor). É previsível ao homem médio, pelo seu conhecimento e experiência, que fumar no palheiro pode provocar incêndio (premissa maior). Conclusão: era previsível a José o incêndio que provocou porque fumou no palheiro, resultando daí a sua responsabilidade criminal pelo incêndio culposos.

Outro exemplo: José estava sendo ameaçado de morte por perigoso homicida e com ele se encontrou em lugar escuro. O homicida fez menção de levar a mão à cintura (premissa menor) – o que, segundo o pensamento do homem médio, indicaria que o inimigo sacaria uma arma para matá-lo, autorizando, portanto, reação em legítima defesa. Conclusão: José agiu sob erro essencial ao se constatar que matou o inimigo estando este desarmado, excluindo a punição a título de dolo.

Em resumo, o *homo medius* faz raciocínio presuntivo, vale dizer, a conclusão que se obtém a partir do pensamento do homem normal, comum, atinente a determinado fato, é resultante de uma *presunção hominis*.

9.4 O *thema probandum* da presunção

Importante iniciar recordando, então, que presunção, no âmbito do Direito Penal, é um procedimento mental que o legislador ou o juiz empregam, por meio de um raciocínio silogístico, baseado num fato base (indício) como premissa menor e numa máxima da experiência como premissa maior, a fim extrair uma conclusão que se refere ao conhecimento desejado, denominado fato desconhecido ou *thema probandum*.

Esse fato desconhecido não tem limitação, podendo ser qualquer conhecimento desejado pelo intérprete, como o crime em si, suas elementares e circunstâncias, a maneira de execução, a autoria, o conhecimento da lei pelo agente, a hipótese de erro, de desistência voluntária, a periculosidade do agente, a capacidade de discernimento e resistência. Enfim, qualquer tema de natureza penal pode ser objeto de raciocínio presuntivo, inclusive o próprio elemento anímico da conduta.

Nem provas diretas são capazes de prescindir do emprego da presunção. A confissão pode ser viciada. As testemunhas podem falsear a verdade. O meio empregado e a ofensa provocada nem sempre exprimem a vontade do agente, como no disparo de arma de fogo que atinge região letal do corpo, pois pode não existir certeza da intenção do agente. Um tiro na cabeça é prova direta e que se constata por meio de prova pericial e testemunhal, mas a intenção do agente, embora indicativa pelos elementos exteriores, pode não representar a conclusão

correta, como no caso de tiro a esmo que acerta a pessoa de maneira não propositada.

É por isso que a presunção no Direito Penal tem emprego exaustivo, sem embargo das críticas que lhes são dirigidas. Aparece junto aos mais diferentes institutos, de forma expressa ou não, e tem por finalidade gerar ao intérprete a conclusão referente a um fato, que assume igualmente as mais diversas facetas, como apontado, sendo, portanto, empregada corriqueiramente em assuntos diversos na seara penal.

Interessa neste ponto o emprego da presunção para desvendar o psiquismo do agente no momento da conduta, tanto em relação ao crime quanto também aos temas afetos e que, igualmente, têm essa dependência.

9.5 A presunção de dolo

Dolo é a vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo. Dolo, portanto, representa uma forma de relação psíquica do agente ao resultado.

Quando a vontade se exerce impelida pelo resultado, o dolo é chamado direto (determinado, intencional, incondicional). Já quando a vontade se exerce apesar da previsão do resultado como provável, fala-se em dolo eventual.

A respeito da *praesumptio doli*, Nelson Hungria²⁸⁶ diz que esta regra não deve ser entendida, sequer, no sentido de importar uma inversão do *onus probandi* em desfavor do réu. Já que não se pode:

[...] devassar o foro interno, tem-se de presumir o dolo quando as circunstâncias externas (meios empregados, relação entre o resultado e a ação, motivos averiguados, ocasião, conduta do agente antes, durante e depois do fato, etc.) indicarem, segundo *id quod saepius fit*, que o agente não podia ter deixado de querer o resultado.

No dolo eventual o agente não quer o resultado do qual tinha a previsão, mas atua assumindo o risco de produzi-lo. Assunção do risco e previsão são aspectos psíquicos da conduta que se formam no plano subjetivo, interno, fora do acesso do intérprete, senão pela forma exteriorizada.

Na própria conceituação do dolo eventual já existe o raciocínio presuntivo, que é realizado pelo agente para chegar à previsão do resultado que não almeja, mas cuja ocorrência é provável. Essa previsão e probabilidade decorrem justamente da presunção desenvolvida pelo agente.

O dolo eventual aparece com previsão expressa em alguns tipos incriminadores, como na receptação qualificada (art. 180, § 1º.) ou nos crimes de induzimento à especulação (artigo 174) e concussão com excesso de exação (artigo 316, § 1º.), representados pela elementar “devia saber”. Essa expressão conduz à hipótese de que o agente não sabia, i.e. que o produto era de origem ilícita (artigo 180, § 1º.), mas assumiu o risco, adquirindo-o.

²⁸⁶ Ibid., p. 150.

Difícil, portanto, a comprovação, pois a prova direta nem sempre é capaz de definir a intenção do agente. Pior ainda essa situação intermediária, com necessidade de provar tanto que o agente não queria o resultado – o que já envolveria a necessidade do raciocínio presuntivo para apurar o descuido e a previsibilidade – como também, que assumiu o risco, área que se situa entre o querer e o não querer. Em casos como a roleta russa a assunção do risco é de fácil conclusão, mas em outras hipóteses não é tão simples, como na receptação qualificada, em que a negativa relativa à ciência sobre a origem ilícita do bem e a falta de provas nesse sentido levam a resposta para o âmbito da culpa, ou seja, o não querer o resultado e nem assumir o risco, ou ao dolo eventual, com o diferencial da assunção do risco. Definir qual era o pensamento do agente não é tarefa fácil, não se podendo prescindir, nesses casos, do raciocínio presuntivo amparado em indícios de um ou de outro, isto é, de dolo ou culpa. Exemplo: se o agente compra um bem de uma pessoa conhecida, cujo comércio informal é anormal, desacompanhado de nota fiscal, por preço abaixo do mercado, visando negociá-lo novamente numa feira do rolo – sendo esta a sua atividade, e depois se descobre que se tratava de artigo oriundo de crime, não há elementos suficientes para afirmar que assumiu o risco da receptação, mas tão somente que foi descuidado, provocando eventual punição a título de culpa. Diferente é a situação do negociante de carro que o adquire para revender, de uma pessoa desconhecida e sem documentação, pois aí o bem era de comércio comum, do domínio do agente, bem esse que necessitava de documentos para estar regular, de modo que, nesta ocasião, o agente devia no mínimo saber de que se tratava de mercadoria de origem ilícita, caso confirmado posteriormente.

Se cogitar hipótese de dolo eventual ou culpa consciente, torna-se quase impossível a distinção, pois são duas atitudes psíquicas extremamente próximas. Na primeira, o agente não quer o resultado previsível, mas prefere arriscar praticando a conduta; na segunda, o agente igualmente prevê o resultado, todavia, age na esperança de que este não ocorrerá. Existem variados caminhos que se percorrem no plano psíquico do agente, sendo tênue a linha que os separam, daí mais uma vez a presunção para diferenciá-los.

Em relação à outra espécie de dolo, o específico, exige-se ainda maior invasão no subjetivismo do agente, porque se destaca uma finalidade especial da conduta e é colocada como parte integrante do tipo incriminador. Os elementos exteriores são a base para o raciocínio presuntivo, igualmente.

9.6 A presunção de culpa

O conceito de culpa não é dado pelo Código Penal, muito embora no âmbito da Justiça Militar se tenha a definição (artigo 33, inciso II, do Código Penal Militar). Não obstante, entende-se por culpa, na lição de Wilian Wanderley Jorge²⁸⁷ “a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico, não querido mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado”.

²⁸⁷ *Curso de direito penal: parte geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 229.

Na culpa, o exame do descuido e especialmente da previsibilidade exigem a noção do homem médio, que realiza, como já visto, raciocínio presuntivo.

O agente deixa de prever o resultado, que, entretanto, segundo a lição da experiência comum, podia prever.

Existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as conseqüências do seu ato'. [...] é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social²⁸⁸.

A previsibilidade deve ser examinada do ponto de vista do homem comum, em face da lição da experiência relativa ao que freqüentemente acontece. É o *homo medius*, que aparece na premissa maior do raciocínio presuntivo e que traduz a máxima da experiência.

Dissertando sobre a culpa, Mário Hoepfner Dutra²⁸⁹ diz que o:

[...] *homo medius* é a sua medida ordinária, pela qual aferimos essa conduta. Se dela se afasta, se o agente a transgride, incide em culpa. A imprevidência inescusável, a imprevisão grosseira, a inconsiderada omissão, têm por medida aferidora o tipo comum de sensibilidade ético-social.

A previsão do resultado é o fator diferencial da culpa consciente e inconsciente. Nesta o agente não prevê o resultado que lhe era previsível. Naquela há previsão do resultado, mas levemente o agente supõe que não irá ocorrer. Tanto num caso quanto noutro nenhuma diferença há, pois no crime culposos o

²⁸⁸ HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 188.

²⁸⁹ A presunção "juris tantum" na responsabilidade penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 143, p. 532, 1952.

resultado antijurídico não é jamais querido, e o agente deixa de abster-se da ação (ou omissão) que, se tivesse procedido com a atenção ou cautela exigível do *homo medius*, teria reconhecido como conducente ao evento contrário.

A culpa presumida não pode ser confundida com responsabilidade objetiva. Esta significa a imposição da pena sem necessidade de demonstração de vínculo subjetivo. Isto, todavia, não ocorre no caso de presunção de culpa, uma vez que o raciocínio presuntivo não elimina o elemento subjetivo da conduta; antes, tão-somente permite que o intérprete o conclua ou o afaste. Assim, não se elimina a necessidade de demonstração da culpa *stricto sensu*, pois o que ocorre é que esse elemento é encontrado pelo intérprete por meio de presunção.

A doutrina repudia a culpa presumida e, com razão, entretanto, é preciso ficar esclarecido que os mestres se reportam, na verdade, à culpa presumida *juris et de jure*, segundo o código anterior. Com efeito, pelo simples fato da “inobservância de alguma disposição regulamentar” presumia-se a culpa sem questionar o vínculo subjetivo do agente ao resultado. Tal preceito foi abolido pelo atual Código, advertindo o Min. Campos, na sua Exposição de Motivos: “sem o pressuposto do dolo ou da culpa *stricto sensu*, nenhuma pena será irrogada. *Nulla poena sine culpa*”.

Nelson Hungria²⁹⁰, a despeito da culpa efetiva e da culpa presumida, do regime anterior²⁹¹, dizia que “não é de impugnar-se a distinção desde que a

²⁹⁰ Op. cit., p. 207.

²⁹¹ O artigo 297 da Consolidação das Leis Penais assim dizia: “Aquelle que, por imprudência, negligência ou imperícia na sua arte ou profissão, ou por inobservância de alguma disposição regulamentar, commetter ou fôr causa involuntaria, directa ou indirectamente, de um homicídio, será punido com prisão cellular por dois mezes a dois annos”. A mesma previsão trazia o artigo 306, referente ao crime de lesões corporais.

presunção de culpa não seja entendida *juris et de jure*, isto é, de modo a excluir, irrestritamente, a prova em contrário”.

Prossegue o mestre ensinando que se:

[...] há disposições regulamentares que são, em si mesmas, indeclináveis normas de cautela e atenção ditadas pela experiência, outras há que não têm esse caráter. O princípio a ser fixado é o seguinte: não vingar a presunção de culpa, se se provar que a inobservância da disposição regulamentar não foi causa, mas simples ocasião ao evento lesivo.²⁹²

Embora fosse avesso à responsabilidade objetiva, Hungria entendia, como se pode verificar, perfeitamente possível a presunção de culpa, desde que não fosse de natureza absoluta.

De fato, não há empecilho algum na presunção da culpa, exceto se imposta na forma *juris et de jure* pelo legislador. Isto porque, na sua definição, existe apelo ao raciocínio presuntivo para determinação da conduta descuidada e notadamente da previsibilidade. Não se trata, portanto, de rompimento do vínculo subjetivo; pelo contrário, busca-se justamente a sua exata demonstração ou não. É por meio da presunção que o *homo medius* e o próprio agente investigam os cuidados necessários na prática da conduta e a previsibilidade do resultado danoso.

Na legislação há hipótese de culpa presumida expressamente, no caso da receptação culposa (artigo 180, § 3º. do Código Penal), oferecendo o legislador, inclusive, a premissa maior do raciocínio presuntivo, por meio dos dados indicadores de culpa, consubstanciados no fato de o agente ter adquirido ou

²⁹² Op. cit., p. 207.

recebido o bem, que por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem o oferecia, devia presumir ser obtido por meio criminoso.

9.7 A presunção de culpabilidade

A culpabilidade significa um juízo de censura, de reprovabilidade do fato. Ao agente não basta a prática da conduta descrita na lei, de forma voluntária, para ser apenado, pois a responsabilidade subjetiva exige, ainda que esteja o autor em condições psíquicas adequadas (discernimento e autodeterminação) para elaborar o raciocínio a respeito do fato, tendo possibilidade de conhecer a sua ilicitude e deixar de atuar em função disso, isto é, ter capacidade de entender a sua ilicitude e, assim, evitá-la.

A culpabilidade, portanto, é pressuposto de aplicação da pena e são seus elementos a imputabilidade, a possibilidade do conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

Imprescindível para análise da culpabilidade, portanto, a verificação do elemento anímico do agente, pois só tem culpabilidade quem tem capacidade de exprimir a sua vontade, já que os elementos desta, tanto o volitivo quanto o intelectual, são formados no foro íntimo do agente, no seu psiquismo.

9.7.1 *Presunção de imputabilidade*

A imputabilidade pode ser extraída por presunção. Na verdade, a presunção é empregada para afirmar a inimputabilidade. A sua aparição mais consagrada e conhecida é a presunção de inimputabilidade por idade, de natureza *juris et de jure*, isto é, os menores de 18 anos presumidamente ainda não tem capacidade plena de discernimento e autodeterminação em relação à conduta criminosa, por desenvolvimento mental incompleto. Essa é a regra do artigo 27 do Código Penal.

Há, entretanto, a inimputabilidade em decorrência de causas biopsicológicas, descritas no artigo 26 do Código Penal, que versam sobre as demais formas de inimputabilidade diversas daquela decorrente da idade. São os inimputáveis por doença que lhes retira a capacidade de discernir e de se autodeterminar. Nessas hipóteses, a falta de capacidade passa por exame médico específico, tomando o julgador o resultado da perícia, embora não esteja a ele vinculado, para concluir sobre a imputabilidade ou não do agente.

Ainda que decorrente de causa patológica, a conclusão do julgador pode não escapar da necessidade de empregar o raciocínio presuntivo, seja para reconhecer ou não a inimputabilidade.

A propósito, alerta Mário Hoepfner Dutra²⁹³, que “cessa a presunção *juris tantum* da normalidade, da conduta comum do dever de diligência”, nos estados de responsabilidade diminuída, não sendo de se exigir o normal do anormal, até porque se trata de *homo minus* e não *homo medius*.

Nelson Hungria²⁹⁴ exteriorizou toda sua magnitude ao discorrer sobre o assunto, advertindo sobre a importância da experiência do juiz para decidir esses casos. Analisando a periculosidade dos inimputáveis, raciocínio que tem emprego na própria constatação da inimputabilidade, assim se pronunciou, referindo-se aos casos de doença ou deficiência mental, anormalidade psíquica ou embriaguez habitual ou patológica:

Mesmo nos casos acima, o laudo psiquiátrico, que deve acompanhar o relatório do diretor do estabelecimento penal ou de segurança, não se substitui à decisão do juiz, pois este não perde jamais a sua faculdade de livre convencimento. Para que se não limite ao papel de um ‘convidado de pedra’, o juiz, indeclinavelmente adstrito à motivação da sentença, não pode abster-se de elementares conhecimentos de psiquiatria jurídica ou forense, procurando ter presente o que a lição da experiência científica ou judiciária tem revelado, de positivo, em torno à periculosidade dos doentes ou anômalos do psiquismo. Notadamente, deve ter em conta o que essa experiência ensina relativamente aos que apresentam periculosidade máxima, como seja os epiléticos, ou parafrênicos, ou confusos mentais, os desviados instintivos (principalmente os perversos sexuais), os maníacos excitados ou explosivos, os paráliticos gerais, os paranóides violentos, os esquizofrênicos, os histéricos larvados, os portadores de personalidade psicopática em geral, os idiotas intranquilos, os imbecis eréticos, os débeis mentais insensíveis ou irritáveis, os ébrios patológicos, etc. Deve ter igualmente o juiz uma noção suficientemente esclarecida sobre até onde vai a relativa possibilidade de cura, remissão ou atenuação da doença, deficiência ou anomalia psíquica, para poder aquilatar do mérito das conclusões periciais. Os juizes (que não devem dispensar, quando possível, uma impressão pessoal sobre o estado atual do internado) precisam de precaver-se contra os laudos psiquiátricos, nem sempre aceitáveis ou em contraste com critérios de política jurídico-social, não coincidentes com o discutível pensamento psiquiátrico.

²⁹³ Op. cit., p. 533.

²⁹⁴ Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade. *Justitia*, São Paulo, ano 11, v. 23, p. 15, out./dez. 1958.

O julgador não está subordinado ao laudo psiquiátrico e deve decidir de acordo com a experiência científica ou judiciária que tem a respeito do tema, baseada em outros fatos semelhantes e no que de positivo se revelou. Em outras palavras, é pelo confronto dessa experiência, como premissa maior, e o fato concreto, como premissa menor, que se possibilitará ao juiz, em alguns casos, chegar à conclusão sobre a inimputabilidade do agente, o seu grau, a forma adequada de tratamento e até se há necessidade de cumprimento de pena, no caso dos semi-imputáveis.

9.7.2 *A presunção de conhecimento sobre a ilicitude do fato*

Ao tratar da máxima *ignorare leges non licet*, Hungria²⁹⁵ diz que o fundamento desta “é menos a ficção do geral conhecimento da lei do que o raciocínio de que na lei é apenas expresso o que já existe ou deve existir na consciência jurídica de cada indivíduo”.

O Código Penal (artigo 21) declara irrelevantes a ignorância da lei (desconhecimento da existência da lei) ou o erro de proibição (errada compreensão da lei), colocando-os em pé de igualdade. Praticamente, tanto faz a ausência total de conhecimento (ignorância) quanto o conhecimento desconforme com a realidade (erro). “Não há por que distinguir, para diverso tratamento jurídico, entre nenhum e o

²⁹⁵ *Comentários ao código penal*, t. 2, p. 152.

falso conhecimento da lei, entre a *ignorantia legis* e o *error juris*, entre o não-conhecer e o conhecer mal a norma legal”. Essa é mais uma lição de Hungria²⁹⁶. O Código permaneceu fiel ao princípio tradicional de que *error juris nocet*.

Tal princípio já vem insculpido na Exposição de Motivos do Código Civil, Dec-Lei 4.657/42, em seu art. 3º., norteador de todo ordenamento jurídico, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Já aí aparece a presunção legal, de natureza absoluta, referente ao conhecimento da lei. Nem a ignorância e nem o errado conhecimento escusam o agente do cumprimento da lei, por se entender que todos a conhecem. Por isso o entendimento, para muitos, que na verdade se trata de uma ficção jurídica, pois inegável a impossibilidade de todos conhecerem por completo a legislação.

O legislador, compreendendo que a presunção do conhecimento da lei decorre de uma imposição de ordem prática, porque do contrário gerar-se-ia o império do desrespeito, da desobediência, sensível, portanto, à impossibilidade de que todas as pessoas tenham conhecimento formal da lei e da assimilação de seu conteúdo, fez-se a ressalva exigindo apenas a possibilidade de conhecimento, extraído não da ciência formal, mas sim da experiência social do *homo medius*, da intuição que os componentes do quadro social têm sobre a correção ou não do comportamento sob o prisma ético-jurídico.

²⁹⁶ Ibid., p. 216.

Esse, aliás, é o ensinamento de Mirabete²⁹⁷: “o indivíduo, como membro da sociedade, tem intuição do que é proibido e pode, assim, evitar a violação da ordem jurídica e a prática de atos lesivos [...]”.

Como regra, desta forma, por presunção legal, todo indivíduo imputável tem capacidade de conhecer a ilicitude do fato, excetuando-se os que atuam motivados por erro de proibição, ou seja, pela errada compreensão da lei.

O erro, seja de proibição ou de tipo, também está no plano subjetivo do agente e reflete justamente o equívoco do seu raciocínio.

O erro de proibição incide sobre a ilicitude do fato, como dito. No caso do erro de tipo. Por outro lado, o equívoco incide sobre um dado da realidade, não da norma proibitiva. Este não está integrado, portanto, ao tema da culpabilidade, mas sua análise conjunta se faz necessária neste momento, pois na essência não difere do erro de proibição em relação ao emprego do raciocínio presuntivo, já que em ambos os casos o agente supõe situação diversa daquela que está no seu plano subjetivo. O raciocínio que motiva o erro é realizado no plano interior, anímico, e se expressa pela vontade exteriorizada na forma de dolo ou culpa, que são os elementos subjetivos da conduta.

Vale aqui a mesma regra porque não se pode invadir o subjetivismo da pessoa para extrair o exato conteúdo de sua vontade. É somente por meio indireto que se pode desvendá-lo, e, nesse caso, igualmente, são os elementos

²⁹⁷ *Manual de direito penal*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 202.

exteriores analisados pelo *homo medius* que permitirão obter a conclusão a respeito da existência ou não do erro, seja de tipo ou de proibição.

De fato, no procedimento de aferição da invencibilidade do erro adota-se o mesmo critério objetivo de reconhecimento da imprevisibilidade na órbita da culpa *stricto sensu*. Deve ter-se em conta, como paradigma, o tipo psicológico médio, e não o agente em função de si mesmo, apreciado na sua conduta habitual, ou segundo seu maior ou menor poder de atenção, sua maior ou menor impressionabilidade.

O erro, na verdade, denota uma presunção elaborada pelo agente, mas com premissa falsa. No erro de tipo, o agente equivoca-se em relação à realidade porque imagina fato que não existe concretamente. Trata-se de um raciocínio presuntivo com premissa falsa²⁹⁸. Veja a discriminante putativa, que se situa entre o erro de tipo e o erro de proibição, conforme se adota a corrente limitada da culpabilidade ou extremada da culpabilidade. O agente pensa, na legítima defesa, que a vítima, seu inimigo e que o tinha jurado de morte, vai sacar uma arma e em verdade pretendia pegar o lenço. O agente atirou porque deduziu que a vítima iria sacar de uma arma. Por quê? Porque empregou um raciocínio presuntivo com premissa falsa. A premissa maior era a vítima inimiga querendo matá-lo e, portanto, numa situação dessa poderia estar armada; a premissa menor era o fato base, qual seja, o encontro com a vítima, que faz menção de sacar uma arma. A conclusão: se

²⁹⁸ Romeu Falconi denomina de falácia do raciocínio dedutivo. Falácia dedutiva, diz, “é composta de argumento cuja forma não é válida, mas que pode, facilmente, induzir a erro o menos avisado. Isto porque se confunde com muita facilidade com as formas válidas, levando o interlocutor a conclusões errôneas.” [*Direito penal: temas ontológicos*. São Paulo: Ícone, 2003 (Coleção Elementos de Direito), p. 75].

era provável que a vítima estivesse armada, então realmente pretendia sacá-la para matar o agente, autorizando-o a se defender. A presunção foi errada porque baseada em premissa menor falsa, ou seja, a vítima não estava armada, tendo o agente interpretado equivocadamente a sua ação quando foi pegar um lenço do bolso. Houve sim precipitação do agente no raciocínio presuntivo, não permitindo que a premissa menor se definisse com exatidão.

A própria lei menciona a presunção falsa expressamente por meio do verbo empregado, ou seja, o agente “supõe” situação fática que, se existente, autorizaria sua conduta.

A palavra suposição, muitas vezes, é empregada como sinônima de presunção, na linguagem comum. Porém, juridicamente não se assemelham pois esta se ampara em elementos mais fidedignos para embasar a conclusão, diferenciando-se na validade e confiabilidade das premissas.

O erro deve ser relevante, de forma a provocar o sincero convencimento, ou seja, a convicção no sentido contrário ao da realidade. Neste caso, o erro quebra o vínculo entre a vontade do agente e a ilegitimidade da conduta.

A prova, adverte Hungria²⁹⁹:

[...] deve ser de molde a permitir a reconstrução do fato em todas as suas circunstâncias (antecedentes ou concomitantes), deixando evidente que o réu, segundo *id quo plerunque accidit*, não podia libertar-se do erro que motivou a sua conduta.

É a presunção baseada naquilo que normalmente acontece, extraída da experiência e conhecimento do *homo medius*.

9.7.3 Presunção de exigibilidade de conduta diversa

Trata-se de mais um elemento da culpabilidade, desta vez envolvendo o aspecto intelectual, pois o agente deve fazer um juízo de valor atinente à conduta e às circunstâncias que o envolvem, motivando-o a resistência à prática criminosa.

A inexigibilidade de conduta diversa, logo, exclui a culpabilidade. Todavia, esta não foi adotada pelo legislador como causa geral de exclusão de culpabilidade, o que delimitou o seu âmbito à hipótese de coação moral irresistível (artigo 22 do Código Penal).

Muito se discute sobre a aceitação da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade. Mas, como adverte

²⁹⁹ Op. cit., p. 229.

Jescheck³⁰⁰, nem na doutrina alemã, em que surgiu a moderna doutrina da culpabilidade, se tem admitido tal fundamento para absolver o acusado, ao menos nos crimes dolosos. A justificativa é a seguinte:

Una causa supralegal de exculpación por inexigibilidad, con independencia de que se entendiera subjetiva u objetivamente, debilitaría el efecto de prevención general del Derecho penal y llevaría a desigualdades en la jurisprudencia, puesto que la inexigibilidad no constituye ningún criterio aprovechable.

Em contrapartida, Mir Puig³⁰¹ aceita a possibilidade de ser alegada a inexigibilidade de outra conduta como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, nas hipóteses de “medo insuperável” na colisão de bens de igual valor, por analogia com o estado de necessidade exculpante, adotado pela legislação espanhola.

Sem embargo de ser ou não possível a aceitação da inexigibilidade da conduta diversa como causa supralegal, além, da expressamente prevista, o importante é que, por se tratar de aspecto da culpabilidade que decorre de uma valoração que o agente faz por meio de procedimento intelectual, irrefutável o emprego da presunção para se concluir sobre a exigibilidade ou não de conduta diversa, a critério do julgador.

³⁰⁰ *Tratado de derecho penal*. Tradução de José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 457.

³⁰¹ *“En Derecho español el miedo insuperable es una causa de exculpación prevista no art. 20, 6º. CP. La doctrina considera también de la misma naturaleza el estado de necesidad exculpante, que se entiende constituido por los conflictos entre bienes iguales previstos ahora por el art. 20, 5º. CP” (Derecho penal: parte general. 5.ed. Barcelona: Bosch, 1998, p. 620).*

Esse, aliás, é o entendimento de Assis Toledo³⁰², que defende a minoritária corrente de aceitação da não exigibilidade de conduta diversa, mas com a ressalva de que não pode ser analisada como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas, ao contrário, “como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, o qual compete ao juiz do processo.”

O critério do julgador, portanto, é o do *homo medius*. Mir Puig³⁰³ faz a seguinte observação a respeito:

La responsabilidad penal no sólo decae cuando el sujeto del injusto se encuentra en unas condiciones psíquicas distintas a las normales (inimputabilidad), sino también cuando actúa en una situación motivacional anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido. Se dice entonces que se ha obrado en situación de “no exigibilidad”, porque se entiende que el Derecho no considera exigible a nadie resistir a una presión motivacional excepcional que el hombre medio no podría suportar.

Critério de *homo medius*, como incansavelmente já se disse, remete à presunção, em que a experiência deste funciona como premissa maior. Assim, na análise da coação moral irresistível, o julgador deverá avaliar a resistência do agente de acordo com a maneira como se comportaria o homem médio.

Enfim, a culpabilidade, a par dos elementos de convencimento baseados em provas diretas, não pode prescindir da presunção como forma de apurar a reprovabilidade do fato.

³⁰² Op. cit., p. 329.

³⁰³ Op. cit., p. 622.

10 IDADE PENAL E AS PRESUNÇÕES DECORRENTES

No âmbito do Direito penal a idade do sujeito ativo e passivo do crime provoca efeitos variados e relevantes, essencialmente relacionados à capacidade de discernimento e resistência. No caso do agente do crime, atua determinando a sua culpabilidade (artigo 27), bem como pode funcionar como atenuante (artigo 65, I), reduzindo ainda o prazo prescricional pela metade (artigo 115), ou mesmo possibilitando-lhe a concessão do sursis (artigo 77, § 2º.). Ao se tratar do sujeito passivo, a idade influencia na estrutura do tipo, figurando como elementar, i.e., no crime de abandono material (artigo 244), ou circunstância agravante legal (artigo 61, II, “h”), ou ainda como causa de aumento de pena (artigo 122, parágrafo único, II).

Inúmeras são as aparições em que o legislador se reportou ao sujeito ativo e passivo do crime em função de sua idade, e, na maioria delas, a base justificadora de sua estipulação foi a presunção, seja absoluta ou relativa. Em palavras mais diretas, a relação da idade do sujeito ativo e passivo do crime se vincula à sua capacidade de discernimento ou resistência, conhecimento que se alcança por meio de presunção, em alguns casos já imposta pelo legislador e em outros dependentes de verificação judicial.

O fundamento, portanto, que orienta o legislador na criação das normas penais nessa matéria é a capacidade de discernimento e resistência. Isto pois se presume, de forma absoluta ou relativa, que em algumas situações as partes

do crime, autor ou vítima, em função da idade, menores de 18 (dezoito) anos ou maiores de 60 anos, não têm pleno entendimento do significado do seu comportamento, ou que têm diminuída a possibilidade de se defender da conduta criminosa que lhe está sendo dirigida. Ambas as hipóteses necessitam de proteção especial, seja isentando ou atenuando a pena do agente ou, pelo contrário, tornando criminoso o comportamento ou agravada a sua pena.

Examinar-se-á, assim, os aspectos principais da presunção com base na idade, iniciando-se pela sua forma mais conhecida e importante, justamente a presunção de inimputabilidade penal prevista no artigo 27 do Código Penal.

10.1 A inimputabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos

O estudo da imputabilidade penal se faz no âmbito da culpabilidade, uma vez que se trata de elemento desta. Está inserido, portanto, no exame da censura do comportamento criminoso e caracterizado como um juízo de reprovação. Nessa esteira, só pode ser responsabilizado o sujeito que não tiver agido em conformidade com a norma penal.

De acordo com a teoria da imputabilidade moral (livre-arbítrio):

[...] o homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por isso a ele se pode atribuir a responsabilidade pelos atos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provém o termo imputabilidade, elemento (ou pressuposto) da culpabilidade. Imputabilidade é, assim, a aptidão para ser culpável.³⁰⁴

Em resumo, há imputabilidade quando o sujeito tem capacidade de discernimento sobre a ilicitude de sua conduta, bem como autodeterminação, sendo inimputável, pelo contrário, o agente que não tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender e se adequar à conduta descrita como criminosa.

Nesse rol está o menor de 18 (dezoito) anos, incapaz por desenvolvimento mental incompleto, nos termos do artigo 27 do Código Penal.

A questão da inimputabilidade penal dos menores de 18 anos, entretanto, é tema controvertido em qualquer parte, não havendo uniformização a respeito do momento em que o agente passa a ter discernimento e autodeterminação sobre o comportamento criminoso e sua conformidade com a norma penal.

O certo, todavia, ainda que amparado em estudos ou ciências diversas, é que essa definição é fruto de uma presunção, uma vez que igualmente a todos os demais conhecimentos que se formam e se situam no plano psíquico do agente, ou seja, na sua subjetividade, qualquer conclusão só é possível pelo exame dos elementos exteriores, por meio do raciocínio presuntivo.

³⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 210.

Evidente que a experiência humana e os estudos em ciências auxiliares, especialmente a psicologia, contribuem para se encontrar o momento em que o ser humano adquire plenamente a capacidade de discernimento e autodeterminação, tornando-se responsável absoluto pelos seus atos. Todavia, mesmo amparado nestes dados, a definição não conduz à certeza válida para todos os casos justamente porque cada pessoa é uma universalidade em si, conservando as suas diferenças, em que pesem componentes da mesma espécie, mas fruto de sua racionalidade.

Por isso é que, além de não existir unificação acerca do momento em que o indivíduo se torna responsável de forma absoluta, em função de suas particulares condições orgânicas e psicológicas, mesmo dentro do mesmo ordenamento jurídico esse entendimento pode variar com o passar do tempo e de acordo com a matéria examinada.

No âmbito do Direito Civil, a responsabilidade do agente era absoluta apenas aos 21 (vinte e um) anos, regra que vigorou por décadas, até que, recentemente, em 2002, por meio da Lei 10.406, de 10/01/2002, entrou em vigência o novo código, rebaixando-a para 18 (dezoito) anos (artigo 5º). Assim, de 1916 até 2002 não houve coincidência no Direito Penal e Civil concernente à idade em que o autor da conduta ilícita passa a ser integralmente responsável pelos seus atos.

Mesmo no Direito Penal o tema continua controvertido, especialmente na atualidade devido à exacerbação da violência e do envolvimento constante de menores de 18 (dezoito) anos em práticas delitivas graves.

Para comprovar e entender melhor a dificuldade afeta à determinação da idade penal – daí o reforço de que se trata de uma presunção – far-se-á breve exame histórico do instituto até nossos dias.

10.1.1 *Evolução histórica*

A Lei das XII Tábuas³⁰⁵ já fazia distinção entre os púberes e impúberes, fixando-se três categorias de menores: os infantes, até 07 (sete) anos, período em que se considerava a criança completamente irresponsável; e os próximos à infância, até 10 (dez) anos e meio para os meninos, e 09 (nove) anos e meio para as meninas. A partir daí, até a fase da puberdade, estabelecendo-se as idades em 14 (catorze) e 12 (doze) anos, respectivamente, entendia-se que a incapacidade decorrente da idade podia ser suprida ou avivada pela malícia e, por isso, a irresponsabilidade só era declarada provando-se a ausência do discernimento de acordo com o arbítrio do juiz. Declarada a existência do discernimento, cabia pena atenuada.

Para o Direito Germânico, esclarece Henny Goulart³⁰⁶, a idade tinha escasso valor, pela consideração de que a finalidade da pena era o ressarcimento do dano. Posteriormente, levou-se em conta o elemento subjetivo, tido como

³⁰⁵ GOULART, Henny. Tratamento jurídico da menoridade. *Justitia*, São Paulo, ano 45, v. 122, p. 145, jul./set. 1983.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 146.

involuntário o ato do jovem privado do discernimento, fixando-se a responsabilidade a partir dos 12 (doze) anos.

Na legislação romana³⁰⁷ distinguiram-se os infantes, menores de 07 (sete) anos, isentos de julgamento penal; os impúberes, de 07 (sete) a 14 (catorze) anos, sujeitos à verificação da capacidade de discernimento, e os menores, aos quais em certos casos se atenuava a pena. A partir dos 14 (catorze) anos entrariam para a fase da responsabilidade penal, sistema que também era adotado pelo Direito Canônico³⁰⁸.

Durante o chamado direito intermédio³⁰⁹, perdurou ainda o mesmo sistema, reconhecendo-se a irresponsabilidade penal até os 07 (sete) anos. Na puberdade havia exigência da verificação da capacidade de entendimento e de autodeterminação.

Segundo Hélio Bicudo³¹⁰, entretanto, na prática:

[...] as penas aflitivas do tempo se exerceram, por igual, e com extrema dureza, sobre os menores em geral, aplicando-se penas corporais, mutilações e mesmo a pena capital até a crianças de menos de dez anos.

Com a revolução francesa, porém, passaram as legislações a adotar novamente a distinção dos romanos³¹¹: um período infantil de absoluta

³⁰⁷ SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 355.

³⁰⁸ GOULART, Henny. Op. cit., p. 146

³⁰⁹ BICUDO, Hélio Pereira. O menor no anteprojeto de código penal do ministro Nélson Hungria. *Justitia*, São Paulo, v. 46, p. 31, 3.trim. 1964.

³¹⁰ *Ibid.*, mesma página.

³¹¹ *Ibid.*, p. 32.

SILVEIRA, Valdemar César da. A justiça dos menores e o novo código penal. *Justitia*, São Paulo, ano 3, v. 4, fasc. 3, p. 448, maio/ago. 1942.

irresponsabilidade, um período de responsabilidade sujeita à questão do discernimento e, por fim, um período de responsabilidade atenuada.

A Escola Clássica, esclarece Henny³¹², fundamentando a imputabilidade na responsabilidade moral derivada do livre arbítrio e da vontade de cometer o ato delituoso, estimou que o desenvolvimento intelectual do menor se fizesse de forma paralela ao seu desenvolvimento físico. Assim, desde que a inteligência o permitisse discernir o bom do mau, o justo do injusto, o ato praticado passava a ser reprovado como delito e o castigo se impunha, proporcional à idade.

Carrara³¹³ ensinando que o grau de imputabilidade correspondia ao grau de desenvolvimento físico e psíquico, estabeleceu quatro estágios na vida do ser humano: 1º estágio: a infância (do nascimento até os 07 (sete) anos) e impuberdade próximo à infância (dos 07 (sete) aos 12 (doze) anos), ambos os períodos de irresponsabilidade absoluta; 2º estágio: a impuberdade próximo à menoridade (dos 12 (doze) aos 14 (catorze) anos) e a menoridade (dos 14 (catorze) aos 18 (dezoito) anos completos), de responsabilidade condicional, dependente de análise de discernimento; 3º estágio: maioridade (dos 18 (dezoito) anos completos em diante) de responsabilidade plena; 4º estágio: a velhice, de responsabilidade modificável em seus resultados, devendo-se considerar a imputabilidade atenuada.

Os Códigos Penais dessa época e que aceitaram a doutrina clássica passaram a fixar um período de irresponsabilidade absoluta para, em seguida, estabelecer etapas condicionadas ao “discernimento”, bastante discutidas e

³¹² Op. cit., p. 146.

³¹³ Op. cit., p. 172/179.

censuradas pelos doutrinadores como fórmula vaga, imprecisa e de conceituação difícil.

Durante o Século XIX³¹⁴, grande parte da legislação penal assinalou a menoridade considerando três períodos³¹⁵, ainda que com variações na idade: 1) um de completa irresponsabilidade: até os 07 (sete) (Sérvia), 08 (oito) (Peru), 09 (nove) (Espanha, Itália) ou 10 (dez) (Alemanha, Áustria); 2) período em que deveria ser examinado o grau de discernimento do menor no momento da prática do ato delituoso, impondo-se-lhe pena bastante reduzida se declarado responsável, até 14 (catorze) (Portugal, Itália), 15 (quinze) (Espanha, Dinamarca), 16 (dezesseis) (Hungria) e 17 (dezesete) (Alemanha); 3) período de responsabilidade atenuada, fixado em alguns códigos em 18 (dezoito) (Espanha, Dinamarca), enquanto outros assinalavam 20 (vinte) (Hungria, Portugal, Romênia), 21 (vinte e um) (Itália) ou 23 (vinte e três) (Cantão de Valais). Outras legislações, entretanto, destacaram apenas dois períodos: um de completa irresponsabilidade, até 10 (dez) anos (Grécia) ou 13 (treze) anos (Turquia), após o qual era necessária a investigação do discernimento, passando-se em seguida à plena responsabilidade, ou um período de responsabilidade duvidosa, com levantamento do grau de discernimento, e ainda outro de responsabilidade atenuada sem menção à fase de absoluta irresponsabilidade (França e Bélgica).

³¹⁴ GOULART, Henny. Op. cit., p. 147.

³¹⁵ Valdemar César cita critérios parecidos, estabelecendo-os em quatro espécies da seguinte forma: o primeiro, que disparte a menoridade em três períodos: o da inimputabilidade absoluta, o de imputabilidade duvidosa, e o de imputabilidade incompleta; o segundo, que admite dois períodos: o de inimputabilidade absoluta e o de imputabilidade duvidosa; o terceiro, que adota a imputabilidade do menor, uma vez que surja o discernimento, e o último, que se compõe de um período de inimputabilidade absoluta e o de imputabilidade restrita (Op. cit., p. 449)

A partir dos fins do século XIX, a Escola Positiva passa a destacar a necessidade de ser o delinqüente considerado, sustentando o respeito devido ao menor e pregando que este chegava ao delito impulsionado por fatores internos, as taras hereditárias, e fatores externos ou sociais, consistentes no abandono, desamparo, meio ambiente corrompido, ausência de orientação e instrução. Não sendo autorizado, assim, impor-lhe castigo, mas somente tutela, educação ou cura, conforme o caso e suas circunstâncias. Como diz Rafael Mendoza, assevera Henny, da primeira concepção dessa Escola se formou um critério antropológico. Sustenta Lombroso que as sementes embrionárias da loucura moral e da delinqüência se achavam normalmente no menor, que manifestava vícios essenciais como a cólera, a vingança, a mentira, a ausência do sentido moral, o egoísmo, a crueldade, a vaidade e a imitação. Dessa forma, na infância e na adolescência seriam cometidos atos equivalentes a verdadeiros delitos no adulto. A tese lombrosiana, no entanto, foi superada pelas modernas investigações psicológicas e sociológicas, ao se estabelecer que a criminalidade juvenil é ato social e que o jovem, longe de ser um selvagem ou louco moral, é uma vítima da sua própria constituição e do meio familiar e social. O problema deixava de ser jurídico para entrar no âmbito social³¹⁶.

A legislação brasileira evoluiu à semelhança dos modelos estrangeiros, modificando as disposições sobre a menoridade desde as Ordenações do Reino até o Código de Penal de 1969, no sentido de afastar a responsabilização antes dos 18 (dezoito) anos, bem como a sujeição do agente à análise judicial do critério de discernimento.

³¹⁶ GOULART, Henny. Op. cit., p. 147/148.

Com efeito, no âmbito das Ordenações Filipinas a menoridade ou irresponsabilização inexistia, havendo tão somente a impossibilidade de aplicação de pena de morte aos menores de 17 (dezesete) anos (Título CXXXV do Livro V).

Copiando o critério adotado pelos franceses, o Código Criminal do Império³¹⁷, segundo Galdino Siqueira³¹⁸, fixou a idade penal em 14 (catorze) anos. Estabeleceu, assim, a inimputabilidade aos menores de 14 (catorze) anos aceitando, em princípio, a idéia de que nessa idade eram imaturos, desprovidos de vontade e consciência para a prática de um ato ilícito.

Destarte, e como se verifica pela redação dos dispositivos, não se tratava de presunção *juris et de jure*, que vinculava o juiz, mas de presunção *juris tatum*, relativa, portanto, suscetível de demonstração por prova em contrário, admitindo, em decorrência, a prova do discernimento³¹⁹.

Veja-se, então, que diversamente das Ordenações Filipinas já se empregava expressamente o termo “discernimento” em substituição à malícia, adotando-se o critério da inimputabilidade relativa.

³¹⁷ “Art. 10. Também não se julgarão criminosos: § 1º Os menores de quatorze annos. [...]”.

“Art. 13. Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obrarão com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correcção, pelo tempo que ao juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezasete annos.”

³¹⁸ Op. cit., p. 424.

³¹⁹ Tobias Barreto (*Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 21), chegou a dizer que “se o legislador pátrio houvesse haurido com mais cuidado nas fontes romanas, outros teriam sido os seus preceitos a respeito dos menores, pelo menos no que pertence ao vago *discernimento*, de que trata o art. 13, e que é possível, na falta de restrição legal, ser descoberto pelo juiz até em uma criança de cinco annos! [...]”

Dessa forma, o legislador transferia ao juiz a responsabilidade de decidir, avaliando as condições de vida do menor, e, entendendo que tinha ele discernimento, mandava-o para casas de correção. No entanto, elas não existiam, e, assim, como muitas vezes acontece na atualidade, os infratores permaneciam em cadeias, onde imperava a promiscuidade.

Já no Código Penal da República³²⁰, a idade penal foi prevista para os 09 (nove) anos, podendo haver aplicação de pena entre os 09 (nove) e 14 (catorze), no caso de demonstração de discernimento.

Para Galdino Siqueira³²¹, o sistema do Código de 1890 admitia quatro fases na vida humana, como efeito na responsabilidade penal: infância, impuberdade, menoridade e maioridade. A infância terminava aos 09 (nove) anos completos, e nesta fase havia presunção absoluta de irresponsabilidade. A impuberdade, dos 09 (nove) aos 14 (catorze) anos, não tendo o agente obrado com discernimento, constituindo-se, no caso presunção relativa de irresponsabilidade. A menoridade, dos 14 (catorze) aos 21 (vinte e um) anos, obrando o agente com discernimento e considerado responsável, salvo outra causa de irresponsabilidade. Por fim, a maioridade, acima dos 21 (vinte e um) anos.

Como inovação, Oscar de Macedo Soares³²² cita que a mais saliente foi a declaração de inimizabilidade absoluta dos menores de 09 (nove) anos

³²⁰ “Art. 27. Não são criminosos: §1º Os menores de 9 annos completos; §2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;”

³²¹ Op. cit., p. 356.

³²² Op. cit., p. 73.

completos e a subtração dos maiores desta idade e até 14 (catorze) anos do regime repressivo, submetendo-os ao regime educativo e disciplinar.

Na questão do discernimento lembra que a doutrina era uma só, não havendo divergência entre os autores. Diz ele:

A lei não define discernimento, mas todos são acordes que esse vocábulo é aqui tomado, não, no sentido generico – acção e efeito de discernir, critério, penetração, juízo recto que se faz das cousas – porém, sim, no sentido jurídico – o da concepção do justo e do injusto; não, a concepção em geral, mas especialmente em relação ao facto objecto do processo.³²³

A expressão "discernimento", alertou Bicudo³²⁴, de contornos vagos e imprecisos, não fornecia base satisfatória para se decidir quando as medidas repressivas deviam ter aplicação – à semelhança do que acontecera em outros países – determinou a maior oposição, donde resultou a sua supressão, com a promulgação da lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, dispondo que "o menor de catorze anos indigitado autor de crime ou contravenção não será submetido a processo algum" (artigo 3º, § 16). Tal consideração foi mantida pela Consolidação das Leis Penais³²⁵, sustentando-se que para os menores de 14 (catorze) anos não haveria responsabilidade penal.

No Código Penal de 1940 foi excluída a verificação do discernimento, implantando-se a irresponsabilização até os 18 (dezoito) anos, de

³²³ Ibid., p. 74.

³²⁴ Op. cit., p. 18.

³²⁵ "Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 14 anos."

"Art. 30. Os menores de 18 annos, abandonados e delinqüentes, ficam submettidos ao regimen estabelecido pelo Decreto 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, Código de Menores."

forma absoluta, adotando-se o critério puramente biológico³²⁶ (idade do autor do fato), nos termos propostos por seu projetista Alcântara Machado³²⁷.

Ao tratar da "Responsabilidade", declarou-se apenas que os menores de 18 (dezoito) anos seriam penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Colocando-os, portanto, completamente fora do âmbito penal, excluído o critério do discernimento ou qualquer outro, impondo-se-lhes tão-somente medidas corretivas e de tratamento.

O preceito do artigo 23, segundo comentário de Nelson Hungria³²⁸, resultou menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés, diz ele:

[...] de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação que poderia arruinar sua existência inteira, entendeu preferível tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício.³²⁹

E, ainda, que

[...] rompendo com o antigo sistema de subordinar a responsabilidade, na espécie, à indagação de haver, ou não, o menor agido com discernimento, o Código - afirma ainda o comentarista - cortou cerce a questão, colocando-os irrestritamente à margem do Direito Penal. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores: declarou-os, por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é, do entendimento ético-jurídico e da faculdade de autogoverno.³³⁰

³²⁶ Para Valdemar César (Op. cit., p. 451) a razão desse artigo, buscou o legislador na constituição psico-física dos menores, cujos atos se não revestem daquela dolosidade aferível no adulto, consoante perfeitamente se vê dos estudos da psico-fisiologia da infância.

³²⁷ "Art. 23. Os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial."

³²⁸ Op. cit., p. 359/360.

³²⁹ Ibid., mesma página.

³³⁰ Ibid., mesma página.

Basileu Garcia³³¹ não discorda desse entendimento, ao dizer que o problema dos menores está situado à margem do Direito Penal, mas neste tem de ser mencionado porque a imaturidade é causa de isenção da pena, esclarecendo que o:

[...] método biopsicológico encontra aqui uma exceção: o menor de 18 anos é inimputável e irresponsável por absoluta presunção legal, afastadas quaisquer indagações sobre o nexos que o delito possa ter com o seu efetivo desenvolvimento espiritual. Neste passo, domina o critério biológico.

Por fim, pelas disposições do Código Penal de 1969 foi reduzida a idade penal para 16 (dezesesseis) anos por meio da demonstração da capacidade de discernimento³³². Trouxe-se à baila novamente o já esquecido problema da responsabilidade penal dos menores de 18 (dezoito) anos.

A lei penal substantiva, na análise de Jorge Luiz de Almeida³³³, admitiu a responsabilidade aos 16 (dezesesseis) anos, desde que satisfeita a prova da capacidade de entendimento e de determinação ante o fato ilícito. Persiste a presunção da inimputabilidade enquanto não demonstrada a condição psíquica de punibilidade. Em resumo, pelo Código Penal de 1942 a menoridade constitui presunção absoluta de irresponsabilidade (artigo 23) e pelo novo Estatuto (Decreto-lei n. 1.004, de 31 de outubro de 1969) tal presunção se transformou em relativa, admite-se a prova da condição psíquica da imputabilidade.

³³¹ *Instituições de direito penal*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 1, t. 1, p. 341/342.

³³² “Art. 32. O menor de dezoito anos é inimputável salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.”

³³³ Do procedimento processual ante o menor de 16 a 18 anos. *Justitia*, São Paulo, ano 34, v. 76, p. 64, jan./mar. 1972.

Se o Código Penal vigente adotou um critério puramente biológico, o novo diploma inovaria, adotando o sistema biopsicológico, em que o menor entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos de idade só seria responsabilizado se demonstrada sua capacidade de discernimento.

Para muitos doutrinadores foi verdadeiramente um retrocesso. Bicudo³³⁴ sustenta que naturalmente cedendo ao clamor de quantos se impressionam com o aumento da criminalidade na faixa dos "teenagers", e esquecido de que o remédio pode ser encontrado na legislação especial que disciplina o assunto:

[...] faz, o anteprojeto, depender de uma apreciação judicial, que equivale a um retorno à legislação do Império, a avaliação de um vago discernimento tantas vezes criticado, pela fluidez de conceito a que conduz a interpretação do dispositivo proposto.

As cerradas críticas recebidas, todavia, não impediram a promulgação do Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969. Na respectiva "Exposição de Motivos" justificou-se a mudança frente ao Código de 1940, dizendo que a tendência geral era a fixação da menoridade penal aos 16 (dezesesseis) anos, que vários códigos atuais adotam esse limite aos 14 (catorze) anos; e que a possível redução do limite da imputabilidade aumentava a consciência da responsabilidade social dos jovens.

³³⁴ Op. cit., p. 33.

A Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, modificando numerosos artigos daquele Código, voltou à linha do Estatuto de 1940, que até hoje permanece em vigor, pois as críticas intensas e contínuas a numerosas disposições do Código de 1969 fizeram com que sua vigência fosse sendo adiada para novos estudos até hoje sem solução.

Em 11 de julho de 1984 entra em vigor a Lei nº 7.209/84. O Professor Francisco de Assis Toledo, presidente da Comissão que elaborou o projeto, manteve a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos³³⁵, opção adotada por medida de política criminal.

Por outro lado, com a legislação de menores editada (Código de Menores – Lei nº 6.697 de 10/10/79, revogado pela Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), passou o Estado a dispor de instrumentos mais eficientes e próprios para conter a criminalidade praticada por delinqüentes menores.

10.1.2 *Legislação comparada*

Pode-se afirmar que existe uma tendência em se fixar a maioria penal aos 16 (dezesesseis) anos. No VI Congresso da Associação Internacional de

³³⁵ “Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial”.

Direito Penal, reunido em Roma, em 1953, estabeleceu-se a idade penal nestes termos³³⁶.

Na atualidade são os seguintes os limites previstos³³⁷: 18 (dezoito) anos (Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Colômbia, México, Peru, Uruguai, Equador, Tailândia, Noruega, Holanda, Cuba, Venezuela, Espanha, etc.); 17 (dezesete) anos (Grécia, Nova Zelândia, Federação da Malásia); 16 (dezesesseis) anos (Argentina, Birmânia, Filipinas, Bélgica e Israel); 15 (quinze) anos (Índia, Honduras, Egito, Síria, Paraguai, Iraque, Guatemala, Líbano); 14 (catorze) anos (Alemanha, Haiti); 10 (dez) anos (Inglaterra); 21 (vinte e um) anos (Suécia, Chile, Ilhas Salomão).

10.1.3 *Crítérios para aferição da imputabilidade*

Doutrinariamente, três são os critérios utilizados para determinar a idade penal, conforme segue³³⁸:

- 1) Critério biológico ou cronológico, que estabelece uma idade fixa, abaixo da qual se considera o menor inimputável;
- 2) Critério psicológico, que tem por fundamento a capacidade de entender e de querer de forma ampla. Desconsidera-se a idade,

³³⁶ PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil*, p. 516.

³³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p. 216

³³⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 284.

observando-se somente a capacidade cognociva para que o agente possa ser punido, utilizada com freqüência nos países da *common law*;

3) Critério biopsicológico, adotado pelo Código Penal brasileiro de 1969, exigindo-se a idade mínima e a capacidade do agente.

Quanto aos critérios acima, o legislador de 1940 adotou o puramente biológico (idade do autor do fato), desconsiderando o desenvolvimento mental do menor, o qual fica isento de pena ainda que plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo com esse entendimento.

A presunção absoluta de inimputabilidade, que faz com que o menor seja considerado possuidor de desenvolvimento mental incompleto, decorre de um critério de política criminal. A propósito, a presunção não admite prova em contrário³³⁹.

10.2 A atenuação da pena em função da idade do sujeito ativo

O Código penal dispõe expressamente, no seu artigo 65, inciso I, como atenuante legal, a circunstância do agente contar com menos de 21 (vinte e

³³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte geral*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 506.

um) anos (menoridade relativa), na data do fato, ou com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença.

Não se trata, avisa Basileu Garcia³⁴⁰, de presunção de inimputabilidade, pois o agente, nestes casos, não está inserido em nenhuma das hipóteses de inimputabilidade, não obstante reconheça que a idade avançada possa produzir perturbações mentais que conduzam ao ilícito, mas daí a conduta estaria ao abrigo das disposições próprias. Hoje, o artigo 26 do Código Penal, descreve as situações em que o agente deve ser considerado inimputável.

O fundamento da atenuante no tocante ao senil, esclarece, decorre de o legislador ter cedido a razões humanitárias, na antevisão do doloroso espetáculo que seria o de um homem muito idoso privado de sua liberdade. Fato que se justifica por a velhice, mesmo de um delinqüente, ter sempre algo de respeitável, devendo-se evidenciar que na idade anciã a temibilidade é sempre menor.

Moura Telles³⁴¹ sustenta que a atenuante é inspirada pelos princípios diretores de aplicação da pena, ou seja, necessidade e suficiência, de que se entende que para o criminoso já próximo do fim da vida, a necessidade de pena é cada vez menor, em termos de prevenção.

A atenuação pela menoridade relativa, por sua vez, constitui-se numa das grandes inovações do Código Criminal do Império, de 1830, tanto que

³⁴⁰ Op. cit., p. 480.

³⁴¹ *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1, p. 424.

ainda hoje é a principal das atenuantes e preponderante no confronto com eventuais agravantes. Entende-se que o agente nessa idade não atingiu a maturidade plena³⁴², ou seja, o seu discernimento sobre o comportamento ilícito ainda é menor por influência da faixa etária, daí merecer atenuação na pena. Concerne a uma “fase transitória entre a menoridade penal, a inimputabilidade, e a maturidade, a plena capacidade, que necessita de menor reprovação, em face de sua menor capacidade de discernimento”³⁴³.

Conclusão que se extrai a partir dos fundamentos norteadores da atenuante é que o legislador, para chegar à conclusão de que em ambas as situações o agente merece atenuação da pena, empregou o raciocínio presuntivo; configurando-se, portanto, uma presunção de maturidade relativa e de senilidade pouco ofensiva, inspiradas em critérios dedutivos, ou seja, que o agente entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos ainda não tem plena maturidade e capacidade de discernimento, ou que o agente maior de sessenta não gera a mesma temibilidade. Por isso se faz desnecessária imposição de pena rigorosa, tanto que além de expressamente consignar esta conclusão como atenuante legal, também ampliou a possibilidade de aplicação de sursis aos maiores de 70 anos aos crimes apenados com até 04 (quatro) anos (artigo 77, § 2º.).

Por fim, é preciso dizer que a atenuante, sendo legal, é obrigatória, de modo que, em conseqüência, a presunção é *juris et de jure*, não admitindo prova em contrário.

³⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

³⁴³ TELLES, Ney Moura. Op. cit., p. 423.

10.3 A imposição de pena e agravação em função da idade do sujeito passivo

Como regra, o legislador se refere à idade da vítima, mas, em outras, apenas faz menção à sua condição, como ocorre ao mencionar o crime praticado contra “recém-nascido” (artigo 134 do CP), “criança” ou “adolescente” (artigo 149, § 2º., I do CP), “filho em idade escolar primária” (artigo 246 do CP), “menor” (artigo 245, § 1º. do CP), “idoso” (artigo 207, § 2º. do CP).

Quanto ao termo idoso, já o definia o artigo 2º. da Lei 8.842/94, que criou a Política Nacional do Idoso e Conselho Nacional do Idoso, como a pessoa maior de 60 (sessenta) anos, norma que também inseriu uma causa de aumento no artigo 203 do Código Penal no caso de crime praticado contra idoso, ou seja, pessoa maior de 60 (sessenta) anos, de modo que neste caso há definição legal que complementa a norma penal.

Relativo ao recém-nascido, sua própria condição define a idade, ou seja, pessoa de poucas horas ou dias de nascimento.

Criança e Adolescente, como será examinado, abaixo, têm definição no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13/07/90), entendendo-se por criança a pessoa com menos de 12 (doze) anos e adolescente aquelas com idade entre 12 (doze) e menos de 18 (dezoito) anos.

Em idade escolar primária, hoje ensino fundamental, até a 8^a. série, são aqueles que têm menos de 14 anos (catorze).

O termo que gera maior imprecisão é “menor”, variando de acordo com o tipo. De fato, alguns tipos penais fazem referência unicamente à vítima como menor (artigo 122, parágrafo único, II e 173 do CP), situando-se nessas a indefinição, pois em outros há menção da idade no próprio texto, embora o legislador também se refira à vítima, em algum trecho, mencionando apenas o termo menor, como ocorre no artigo 245. De qualquer forma, as hipóteses restringem-se à menção de menor de 14 (catorze) anos ou menor de 18 (dezoito) anos, e como exceção menor de 21 (vinte e um) anos, no artigo 18, III, da Lei 6.368/76, sustentando-se também que o fundamento básico é o mesmo, qual seja, a maior dificuldade de discernir e resistir.

10.3.1 *Circunstância agravante do artigo 61, II, “h”*

O Código Penal, se por um lado traz normas destinadas à atenuação da pena do sujeito ativo por critério de idade, como se verificou acima, por outro também contém disposições referentes à agravação da pena do agente em função da idade da vítima, fundamentado no menor discernimento desta em relação ao comportamento criminoso, ou então a sua menor capacidade de resistência.

Como agravante legal o legislador inseriu no artigo 61, inciso II, letra “h”, do Código Penal a circunstância de o crime ter sido cometido contra “criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida”.

O fundamento é a maior periculosidade do agente, em princípio, assevera Magalhães Noronha³⁴⁴, assentada na sua covardia e perversidade.

A criança merece-nos proteção; o velho, respeito; o enfermo, amparo e paciência. Com razão agrava-se a pena do que não observa esses princípios, ao mesmo tempo que se vale de sua superioridade física para ofende-los³⁴⁵.

Prevalece, na verdade, a presunção da maior dificuldade de defesa das crianças e velhos em face de suas condições físicas e fragilidade, especialmente nos casos extremos, como vítimas de pouca idade, menores de 10 (dez) anos, ou velhos com mais de 70 (setenta) anos.

A propósito da idade, importante ressaltar que não definindo a lei o que se compreende por criança, três posições surgiram para justificar e determinar até qual momento a pessoa ainda pode ser considerada nessa situação, conforme segue: a) afirma-se que a fase de criança vai até os sete anos completos, considerada a primeira infância; b) segue até os doze anos buscando conciliar com o Estatuto da Criança do e do Adolescente; c) vai até os catorze anos, para aqueles que vêm nas referências feitas no Código Penal uma maior proteção a quem possui essa faixa etária (ex: art. 121, § 4º., in fine; art. 224, “a”). Segundo Guilherme de Souza Nucci³⁴⁶:

³⁴⁴ Op. cit., p. 261.

³⁴⁵ Ibid., mesma página.

³⁴⁶ Op. cit., p. 61.

[...] correta a segunda posição, que hoje vem crescendo cada vez mais, pois não tem sentido considerar criança, para efeito de aplicar lei especial, o menor de até 12 anos, enquanto para o fim de agravamento da pena somente levar-se em conta o indivíduo com até 07 ou 09 anos.

No mesmo sentido o posicionamento de Rogério Greco³⁴⁷.

Na verdade, essa é a interpretação correta, uma vez que o legislador, em alteração recente produzida pela lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, introduziu o § 2º. no artigo 149, estipulando no seu inciso I a causa de aumento referente ao crime praticado contra criança ou adolescente, empregando, portanto, exatamente as mesmas expressões jurídicas adotadas pelo ECA e permitindo a interpretação, em decorrência, de que a idade de tais vítimas é a especificada no estatuto, ou seja, menos de 12 (doze) anos para criança e entre 12 (doze) anos e menos de 18 (dezoito) anos para adolescente. Não se olvide que a Lei de Tortura (9.455/97), que revogou o artigo 233 do ECA, igualmente faz menção expressa, como causa de aumento de pena, ao crime praticado contra criança ou adolescente. Assim, a interpretação sistemática não deixa dúvidas a respeito da idade que se deve entender no caso das expressões criança e adolescente.

Prescindível comentar que no âmbito do ECA as menções à criança ou ao adolescente nos tipos penais como elementares não motivam qualquer dúvida sobre a idade, pois está especificado no seu artigo 2º, já referido acima.

³⁴⁷ *Curso de direito penal: parte geral*. 5.ed. Niterói: Impetus, 2005, v. 1, p. 641.

Em relação aos idosos, o Código na sua redação original se referia a “velhos”, entendendo-se as pessoas maiores de 70 (setenta) anos, embora também não existisse fixação, pois o critério era biológico, dependente de comprovação, ou seja, de aferição por meio de perícia a fim de avaliar o grau de senilidade e das condições físicas e de resistência da vítima frente ao agente criminoso, consoante consagrada jurisprudência³⁴⁸. Com a edição da Lei n. 10.741, de 01/10/2003 (Estatuto do Idoso), que deu nova redação ao art. 61, II, h, adotou-se o critério puramente cronológico, havendo a agravação se o crime é praticado contra maior de 60 (sessenta) anos.

Deve-se entender por idoso, portanto, para os efeitos penais, a pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos, segundo disposição do artigo 1º. da referida lei.

A agravação parte, em ambos os casos, de uma presunção, pois pela máxima da experiência, há maior dificuldade de resistência nessas condições, o que não elimina, todavia, a possibilidade de no caso concreto, notadamente quando a vítima tem mais de 60 (sessenta) anos, que a idade não tenha influência na prática do crime, o que pode ocorrer com frequência nos crimes praticados sem emprego de violência. Embora se trate de uma presunção legal e de natureza absoluta, a prova do contrário nessa hipótese pode gerar grave prejuízo ao agente, de modo que mais justo admiti-la, interpretando-a como presunção relativa.

Independentemente, o fato é que, de qualquer modo, uma ressalva deve ser admitida – desde que não se trate de crime culposos, porque seu

³⁴⁸ RT 474/372; RTJ 80/285; JTAcrSP 18/130, 29/354, 45/370, 46/359, 48/268 e 59/288.

fundamento é o agente se aproveitar da menor possibilidade de resistência da vítima, e até do seu discernimento – qual seja, portanto, que o pressuposto para o reconhecimento da agravante é estarem estas circunstâncias no plano subjetivo do agente. No crime culposo, por outro lado, como o agente não quer o resultado, significa dizer que também não quis praticar o crime em função da idade das vítimas, condição que lhes diminui a capacidade de resistência.

Nesse sentido é o ensinamento de Basileu Garcia³⁴⁹, embora a norma não faça distinção alguma, para quem a imposição de aumento de casos de acidente automobilístico traz uma impropriedade transparente.

10.3.2 *A idade como elementar do tipo penal*

Invariavelmente a idade do sujeito passivo é essencial à caracterização do crime, pois o legislador cria o tipo incriminador visando proibir determinado comportamento em função da condição etária da vítima. Trata-se normalmente de crimes de perigo, ou seja, a incriminação do comportamento ocorre tão somente com a exposição da vítima a perigo, prescindindo de resultado exatamente porque a situação de risco decorre de sua menor capacidade de discernir e de resistir.

³⁴⁹ Op. cit., p. 477.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente os crimes foram criados em observância à necessidade de proteção às pessoas menores de 18 anos, funcionando a idade da vítima, portanto, como elementar do tipo penal incriminador, conforme se pode verificar analisando o seu capítulo I, do artigo 228 ao 244-A, nos quais estão descritas as várias formas de condutas criminosas, que nitidamente se apresentam como crimes de perigo e, daí, a presunção legal.

No mesmo sentido se pode afirmar em relação aos crimes no Estatuto do Idoso, em que a figura do senil aparece como elementar, pois a intenção do legislador foi a de incriminar comportamentos visando protegê-los, tanto que também são caracterizados como crimes de perigo.

Evidente, portanto, que nessas hipóteses há presunção legal, e de natureza absoluta, pois prevalece o fim específico, partindo o legislador da presunção de que tanto as crianças e adolescentes quanto os idosos, necessitam de proteção especial.

Em alguns casos, quando a capacidade de discernimento e resistência é nula, revela-se ainda mais imperiosa a necessidade da punição pela simples exposição a perigo, bastando lembrar preliminarmente dos crimes em que figuram como vítimas pessoas de tenra idade, como a “exposição ou abandono de recém-nascido para ocultar desonra própria” (art. 134 do CP) ou com mais gravidade nos crimes materiais, dependentes de resultado, como no infanticídio (artigo 123), em que a vítima é o ser nascente.

No Código Penal podem ser citados os seguintes exemplos de crimes em que se tem a idade da vítima como elementar, partindo o legislador da presunção de perigo ou discernimento ou resistência diminuída, conforme segue: infanticídio (artigo 123 - ser nascente); aborto provocado contra vítima menor de 14 (catorze) anos (artigo 126, parágrafo único); abuso de incapazes por inexperiência do menor (artigo 173); presunção de violência nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (artigos 213 e 214); corrupção de menores entre as idades de 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos (art. 218); abandono material contra menores de 18 (dezoito) e maiores de 60 (sessenta) anos (artigo 244); entrega de filho menor de 18 (dezoito) anos à pessoa inidônea (artigo 245); abandono intelectual de pessoa em idade escolar primária (artigo 246); induzimento à fuga, entrega arbitrária ou sonegação de pessoa menor de 18 (dezoito) anos (artigo 248) e subtração de pessoa menor de 18 (dezoito) anos (artigo 249).

No âmbito da Lei das Contravenções Penais (Dec-Lei 3.688/41) existe o exemplo do artigo 63, I, referente à venda de bebidas alcoólicas a menores de 18 (dezoito) anos.

10.3.3 *Causas de aumento e qualificadoras do crime*

Sob o mesmo fundamento, por inúmeras vezes o legislador acrescenta ao tipo penal uma agravação da pena, na forma de qualificadora ou causa de aumento, quando o crime é praticado contra menor ou idoso, presumindo,

então, a maior dificuldade de discernimento e resistência, conferindo-lhe uma proteção especial também em face de comportamento perigo do agente.

Como qualificadoras, no Código Penal, podem ser citados os seguintes casos: injúria tendo como elemento a condição de pessoa idosa (artigo 140, § 3º); seqüestro de idoso (148, § 1º., inciso I); extorsão mediante seqüestro de pessoa menor de 18 (dezoito) e maior de 60 (sessenta) anos (artigo 159, § 1º.); posse sexual mediante fraude de pessoa menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos (artigo 215, parágrafo único); atentado violento ao pudor mediante fraude, de pessoa menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos (artigo 216, parágrafo único); mediação para a lascívia de pessoa menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos (artigo 227, § 1º.); favorecimento da prostituição de pessoa menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos (228, § 1º.); rufianismo contra pessoa menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos (artigo 230, § 1º.); tráfico de mulher menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze) anos (artigo 231, § 1º.). Além deste, também há a qualificação dos crimes previstos nos artigos 227, 228, 230 e 231 caso ocorra hipótese de violência presumida pela idade, ou seja, quando figurar como vítima pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Como causas de aumento, no Código Penal, têm-se os seguintes exemplos: homicídio doloso contra menor de 14 (catorze) anos (artigo 121, § 4º.); induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio de menor entre 14 (catorze) e 18 (dezoito) anos (artigo 122, parágrafo único, II); lesão corporal dolosa contra menor de 14 (catorze) anos (artigo 129, §7º.); abandono de incapaz maior de 60 (sessenta)

anos (artigo 133, § 3º, inciso III); maus tratos contra menor de 14 (dezoito) anos (artigo 136, § 3º.); crimes de calúnia e difamação contra maior de 60 (sessenta) anos (artigo 141, inciso IV); redução à condição análoga à de escrava de criança ou adolescente (artigo 149, § 2º, I); frustração do direito trabalhista de pessoa menor de 18 (dezoito) anos e idosa (artigo 203, § 2º.); aliciamento de trabalhador menor de 18 (dezoito) e idoso (artigo 207, § 2º.).

Já na Lei das Contravenções Penais encontram-se as infrações de vias de fato contra idoso (art 21, parágrafo único), jogo de azar tendo como participante menor de 18 (dezoito) anos (artigo 50, § 1º.) e mendicância em companhia de menor de 18 (dezoito) anos (artigo 60, parágrafo único, letra “c”).

Na legislação extravagante podem-se localizar: a Lei 9455/97, que versa sobre o crime de tortura, que impõe no art. 1º, § 4º. aumento de pena se praticada contra criança, adolescente ou maior de 60 anos); Lei de Tóxico (6.368/76), que no seu art. 18, III, prevê aumento no caso do crime ser praticado contra menor de 21 (vinte e um) anos e maior de 60 (sessenta) anos; e, por fim, a Lei dos crimes hediondos (8.072/90), que em seu artigo 9º. igualmente descreve uma causa de aumento se o crime é praticado contra vítima menor de 14 (catorze) anos, inclusive na hipótese de presunção de violência.

Em suma, a idade do sujeito ativo ou passivo do crime influencia a responsabilização penal, como a agravação ou atenuação da pena, em função da presunção de inexistência ou diminuída capacidade de resistência ou discernimento.

11 PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE: histórico e conceito

Helena Cláudio Fragoso³⁵⁰ lembra, fazendo breve histórico da “periculosidade” na seara penal, que o conceito de perigo referido à personalidade do delinqüente surge com o positivismo criminológico, pois os clássicos haviam tratado do conceito de perigo na estrutura do crime, definindo-o como probabilidade de dano³⁵¹. Construindo, porém, o sistema com base na culpabilidade fundada no livre arbítrio, e na responsabilidade moral, desconhece-se por completo a idéia de periculosidade.

Pretendendo mudar o centro de gravidade sistema, leciona Fragoso, a Escola Positiva³⁵², com a obra de Garofalo (1880)³⁵³, sustentava que a pena deveria ajustar-se à temibilidade do delinqüente e, como Ferri observou, a referência à temibilidade não era feliz, já que expressava uma impressão subjetiva, conseqüência da periculosidade³⁵⁴, sendo esta entendida como qualidade pessoal

³⁵⁰ *Lições de direito penal: parte geral*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 498.

³⁵¹ Leciona Ferri que o perigo de que falam os clássicos e os neoclássicos “é somente objetivo, inerente à ação criminosa [...]. O perigo, mesmo subjetivamente apercebido ou compreendido, é sempre – pelos neoclássicos, coerentemente aos seus critérios diretivos – referido objetivamente ao ato delituoso e nunca à pessoa, que deslizou aquele ato.” (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Russel, 2003, p. 258).

³⁵² A Escola Positiva, esclarece Ferri, “tem sempre falado de temibilidade ou de periculosidade do delinqüente, a qual tem uma função jurídica – não só na aplicação individual da pena, mas antes de tudo na norma da lei penal – bem diversa daquela que tem constatação de um perigo perante o dano que se efetuou. Uma coisa é considerar o fato perigoso e outra muito diferente o homem perigoso” (Ibid., p. 259).

“A idéia de periculosidade, a presidir a administração dos processos de combate à delinqüência, é talvez a mais fecunda diretriz legada pela Escola Positiva ao Direito objetivo. Nos seus primórdios, o conceito foi expresso por diferente palavra – temibilidade, que Garofalo definia como perversidade constante e ativa do criminoso e a quantidade de mal previsto, que dele caberia esperar” (GARCIA, Basileu. Op. cit., p. 600).

³⁵³ *Di un critério positivo della penalità* apud FERRI, Enrico. Op. cit., p. 257.

³⁵⁴ Observou Basileu Garcia, que era incontestável a vantagem da expressão periculosidade (ou periculosidade social) sobre o vocábulo temibilidade, pois o indivíduo será temível por ser perigoso. “A sua temibilidade, fenômeno de projeção ambiental, é decorrência do seu pessoal estado perigoso” (Op. cit., p. 601).

do sujeito ou como inadaptabilidade social, revelada por um conjunto de fatores objetivos e subjetivos, e, particularmente, pela prática de um crime.

A periculosidade, conclui:

[...] é, em substância, um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios. Trata-se de juízo empiricamente formulado, e, portanto, sujeito a erros graves. Pressupõe sempre, como é óbvio, uma ordem social determinada a que o sujeito deve ajustar-se e que não é questionada.³⁵⁵

Ensina Nelson Hungria³⁵⁶, a periculosidade, como status que se insere na personalidade, significando uma acentuada inclinação para os atos anti-sociais convencionalmente chamados "crimes", sendo:

[...] a resultante de um complexo de causas, de um intrincado jogo ou interação de fatores, endógenos e exógenos, orgânicos e mesológicos, e sua presença ou ausência não pode ser verificada com precisão idêntica à da medida da febre ou da pressão sanguínea.

Damásio Evangelista de Jesus³⁵⁷, em artigo que analisou o tratamento penal do condenado de escassa periculosidade, no âmbito do Código de 1969, cita a lição de Jiminez de Assúa³⁵⁸ sobre o que se deve entender por periculosidade do delinqüente: *"consiste nella probabilità che un individuo commetterà o potrà commettere un delitto"*. Sob o aspecto psíquico, ensinava, *"è un modo di esser del soggetto, è un attributo, una qualità di una persona, e più precisamente, è la condizione pschica di una persona in quanto probabile causa di*

³⁵⁵ FERRI, Enrico. Op. cit., p. 262.

³⁵⁶ Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade, p. 15.

³⁵⁷ O tratamento penal do condenado de escassa periculosidade. *Justitia*, São Paulo, ano 40, v. 103, p. 118, out./dez. 1978.

³⁵⁸ *La Pericolosità*. Turim: Fratelli Boca, 1923, p. 26/28 apud Ibid, mesma página.

reato". E, sob o aspecto jurídico, observa Filippo Grispigni³⁵⁹, é "*uno stato di antiggiuridicità di un soggetto che lia per conseguenza giuridica l'applicazione al medesimo di una sanzione criminale*".

Ainda com apoio na doutrina, diz que o condicionamento total de fatores individuais e sociais num homem e num dado momento de sua vida permitem extrair, como conclusão, um "juízo de probabilidade" de que chegue a ser autor de crime ou de uma conduta que, sem ser delito, possa causar danos a terceiros ou a si próprio. Não se tratando de fatores externos e internos que indicam a possibilidade de o sujeito vir ou tornar a delinquir, abordando-se a probabilidade de delinquir, estado de desajustamento social do homem – de máxima gravidade – resultante de uma maneira de ser particular do indivíduo, congênita ou gerada pela pressão de condições desfavoráveis do meio e manifestada nos casos extremos. Além de uma criminalidade latente à espera de circunstância externa do momento para se exprimir no ato de delinquir.

A verificação da periculosidade, continua, "se faz por intermédio de um juízo sobre o futuro, ao contrário do juízo de culpabilidade, que se projeta sobre o passado"³⁶⁰. Nessa verificação, o juiz se vale de fatores (ou elementos) e indícios (ou sintomas) do estado perigoso, caracterizando os primeiros como "os elementos que, atuando sobre o indivíduo, o transformam nesse ser com probabilidade de delinquir",³⁶¹ de ordem externa ou interna, referentes às condições físicas individuais, morais e culturais, condições físicas do ambiente, de vida familiar ou de

³⁵⁹ *La Pericolosità criminale e il valere sintomatico del delitto. La scuola positiva*, 1920, p. 100 apud *Ibid.*, mesma página.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 119.

³⁶¹ *Ibid.*, mesma página.

vida social, reveladores de sua personalidade. Já os segundos, os sintomas de periculosidade, como os antecedentes criminais, civis ou administrativos, os motivos determinantes da prática delituosa e suas circunstâncias (natureza, modo de realização do tipo, meios empregados, objeto material, momento da prática, lugar, consequência etc.), não se olvidando que certos dados funcionam como fatores e sintomas, como as condições de vida e o caráter.

11.1 Evolução legislativa

Na redação original do atual Código Penal, o exame da periculosidade do agente foi imposto de forma inovadora como base para gerar inúmeros efeitos, dentre os quais a aplicação da pena e medidas relativas à sua execução, por exemplo, a suspensão condicional do processo, livramento condicional e medidas de segurança.

O exame da periculosidade e sua influência no âmbito penal, a partir daí, passou por momentos de exaltação e posterior desprestígio, com sua extinção parcial.

De fato, o Código de 1940 trouxe no seu bojo o exame da periculosidade. Mais que isso, o legislador instituiu a periculosidade presumida por lei, ou seja, sem possibilidade de demonstração do contrário, ressaltando, como já se disse, a relevância deferida ao instituto, reflexo do pensamento que imperava, e

da influência positivista, segundo a qual a pena tinha função nitidamente retributivista e a periculosidade do agente era fator decisivo na sua aplicação e, depois, no acompanhamento de sua execução.

A redação original, depois alterada pela Lei 6.416/77 dizia o seguinte:

Art 78. Presumem-se perigosos³⁶².
 I – aqueles que, nos termos do art. 22³⁶³, são isentos de pena;
 II – os referidos no parágrafo único do art. 22;
 III – os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;
 IV – os reincidentes em crime doloso³⁶⁴;
 V – os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores.
 § 1º. A presunção de periculosidade não prevalece se, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e o crime posterior, tiver decorrido

³⁶² Completavam a relação da presunção de periculosidade, no projeto de Alcântara Machado, além dos criminosos condenados como habituais ou por tendência (veja nota ao inciso IV), também os condenados por lenocínio ou exploração da credulidade pública ou de jogos de azar. Afirma Liz Fernando da Costa e Silva (Considerações sobre as medidas de segurança. Presunção de periculosidade. *Justitia*, São Paulo, ano 23, v. 33, p. 45, abr./jun. 1961), que a enumeração do artigo não é completa. A liberdade vigiada, a que se devem submeter os liberados condicionais, funda-se numa presunção legal de periculosidade (art. 63)

³⁶³ “Art. 22. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único: A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

³⁶⁴ “Art. 46. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. No projeto de Alcântara Machado também se considerava presumida a periculosidade nos casos de condenados como habituais e por tendência, em oposição aos criminosos reincidentes e ocasionais. Estes últimos eram assim considerados, segundo o artigo 22, quando tiver cedido unicamente a um influência exterior e momentânea, constituindo fato singular em sua vida o crime cometido. Já o criminoso por tendência (art. 23) era aquele que revelasse absoluta insensibilidade moral, na preparação ou execução de crime contra a incolumidade pública, a liberdade sexual, ou a vida, ou de cárcere privado, seqüestro para resgate ou roubo com violência à pessoa não se aplicando, todavia, aos inimputáveis. Por fim, os habituais (art. 25) eram aqueles que, já tendo condenação por vários crimes dolosos, voltassem a delinquir praticando novos crimes dolosos ou culposos, dependendo da hipótese, em certo prazo, variando de 05 a 10 anos, bem como quando o número de infrações, natureza, circunstâncias, intervalo de tempo, mostrasse que o agente estava avezado ao crime, inclinado a viver dos proventos de sua atividade criminosa, ainda que em parte. Essas espécies foram a base para a inclusão no Código Penal de 1969 (art. 64, § 1º. e 2º.).

período de tempo superior a dez anos, no caso do inciso I deste artigo, ou de cinco anos, nos outros casos³⁶⁵.

§ 2º. A execução da medida de segurança não é iniciada sem verificação de periculosidade, se da data da sentença decorreram dez anos, no caso do n. I deste artigo, ou cinco anos, nos outros casos, ressalvado o disposto no art. 87.

§ 3º. No caso do artigo 7º. n. II³⁶⁶, a aplicação da medida de segurança, segundo a lei brasileira, depende de verificação da periculosidade.

Como se verifica, eram tratados como perigosos e de forma absoluta, pois a presunção era *juris et de jure*, os inimputáveis e semi-imputáveis, como também os ébrios habituais, os reincidentes em crimes dolosos e os que praticaram crimes como membros de grupo ou quadrilha de malfeitores.

Ao lado dos casos em que a presunção era presumida por lei, foram criadas as hipóteses de aplicação da presunção *hominis*, extraídas pelo juiz com base em indícios que o próprio legislador especificou, conforme segue:

Art 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente³⁶⁷:

I – se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau de culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinqüir;

II – se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral.

§ 1º. Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º., do artigo 30³⁶⁸, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências.

³⁶⁵ Redação com a alteração provocada pela Lei 6416/77. A anterior dizia: “A presunção de periculosidade não prevalece, quando a sentença é proferida dez anos depois do fato, no caso do n. 1 deste artigo, ou cinco anos depois, nos outros casos”.

³⁶⁶ “Art. 7o. [...] II – sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança.”

³⁶⁷ Redação com a alteração provocada pela Lei 6416/77. A anterior previsão assim dispunha tão somente: “Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinqüir”.

³⁶⁸ Dizia respeito referido dispositivo ao estabelecimento do regime prisional aos condenados não reincidente: “O condenado não perigoso, cuja pena não ultrapasse oito anos, poderá ser recolhido a estabelecimento de regime semi-aberto, desde o início, ou, se ultrapassar, após ter cumprido um terço dela em regime fechado [...]”.

§ 2º. o juízo poderá dispor, a forma da lei local, de funcionários para investigar, coletar dados e informações com o fim de instruir o requerimento de verificação de periculosidade.

Ao julgador, desta feita, tratando-se de presunção *hominis*, cabia a obrigação de declarar ou não a periculosidade do agente nos casos em que não havia a declaração legal desta condição. Os elementos que lhe eram devidos examinar estavam vinculados basicamente ao próprio agente, especialmente em relação a sua personalidade, antecedentes, motivos, etc., como também ao grau de negatividade moral revelado por seu comportamento, analisando malvadez, torpeza, dentre outros aspectos.

Em relação à pena, portanto, o exame e reconhecimento da periculosidade, declarada pela lei ou pelo juiz, visava num primeiro momento à verificação da aplicação da pena, seja em qualidade como quantidade, pois o artigo 42 dispunha sobre os mesmos indícios descritos para a verificação da periculosidade. Verifica-se:

Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime:

- I – determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente;
- II – fixar, dentre dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

Num segundo momento, sua finalidade era influenciar no estabelecimento do regime prisional, reservando especialmente o fechado para os perigosos, e semi-aberto ou aberto para os não perigosos.

Afora sua decisiva incidência no tocante à fixação da pena e regime prisional, também na sua execução a periculosidade do agente exercia influência.

A suspensão condicional da pena tinha como requisito básico subjetivo e obrigatório a constatação de que o sentenciado não tornaria a delinquir. Tratava-se, à evidência, de uma presunção *hominis*, devendo o julgador, neste caso, firmar sua convicção com fulcro nos mesmos indícios descritos no artigo 78, os quais eram a base para se reconhecer ou não a periculosidade do agente. O dispositivo tinha a seguinte previsão:

Artigo 57. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:

[...]

II – os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que não tornará a delinquir³⁶⁹.

Em relação ao livramento condicional, igualmente, o exame da periculosidade era necessário. Contudo, desta vez, na forma de verificação de sua cessação, denominado na Consolidação das Leis Penais, como presunção de regeneração. Ao juiz estava afeta a tarefa dessa constatação, tratando-se, logo, de mais um caso de presunção *hominis*, concluída basicamente no comportamento do condenado dentro da prisão e sua evolução regenerativa. Assim disponha o artigo 60:

O juiz pode conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a dois anos, desde que:

[...]

II – verificada a ausência ou a cessação de periculosidade³⁷⁰, e provados bom comportamento durante a vida carcerária e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.

³⁶⁹ Tanto o anteprojeto de Sá Pereira (art. 159) como de Alcântara Machado (art.70) já figuravam a previsão do Sursis, ambos tendo como requisito a presunção de não periculosidade, ou seja, de que não tornará a delinquir, como expressamente ficou consignado neste último: “previsão de que este não tornará a delinquir”.

³⁷⁰ O projeto de Sá Pereira (art. 144, incisos II e III) estipulava que do “conjunto de sua vida carcerária se possa razoavelmente presumir estar elle corrigido” e também “que se sua índole e dos seus antecedentes se possa presumir que não fará mau uso da liberdade que lhe é concedida”. Já o projeto de Alcântara Machado mencionava, no artigo 73, II, estar o condenado “em situação de ser restituído, sem perigo, ao meio social”, o que na Consolidação das Leis Penais (art. 50, letra “b”) era denominado de presunção de regeneração.

Por fim, nas medidas de segurança, instituto concebido como grande avanço penal, porque ao lado do sentido retributivista da pena visava também recuperar o condenado, o exame da periculosidade era sua base de sustentação, figurando como requisito de sua aplicação.

Art. 76. A aplicação da medida de segurança pressupõe:

[...]

II – a periculosidade do agente

Parágrafo único. A medida de segurança é também aplicável nos casos dos arts. 14 e 27, se ocorre a condição do n. II³⁷¹.

Da mesma época foi a Lei das Contravenções Penais, instituída pelo Dec-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941; e, como não poderia deixar de ser, seguiu os passos do Código Penal, trazendo previsão expressa, igualmente, da presunção de periculosidade.

Art. 14. Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os nº I e II do artigo 78 do Código Penal³⁷²:

I – o condenado por motivo de contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos quando habitual a embriaguez;

II – o condenado por vadiagem ou mendicância;

Com o Código de 1969, profundas mudanças foram provocadas nessa matéria, uma vez que foram abolidas as hipóteses de presunção legal de periculosidade anteriores, criando-se outras ao lado da presunção *hominis* a cargo do juiz (inciso I, letras “a” “c” e inciso II), quais sejam, as presunções legais no

³⁷¹ “Art. 14. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (arts. 76, parágrafo único, e 94, n. III)”.

“Art. 27. O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 76, parágrafo único)”.

³⁷² Foram revogados pela Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, os incisos III e IV desse artigo, referentes aos c) os reincidentes na contravenção prevista no artigo 50 (“jogo de azar”); e d) os reincidentes na contravenção prevista no artigo 58 (“jogo de bicho”).

caso de criminoso habitual, de constatação objetiva (inciso I, letra “a”) e, mesmo assim, ficando a critério do julgador estabelecer o seu grau. Assim dizia o Código nos § 1º. e 2º. do artigo 52:

§ 1º. O juiz, na sentença, declarará o grau de periculosidade do condenado, classificando-a de:

I – acentuada, quando:

- a) o exame dos elementos e circunstâncias referidas neste artigo indicar que o agente tem inclinação para o crime;
- b) tratar-se de criminoso habitual (artigo 64, § 2º.)³⁷³;
- c) tratar-se de criminoso por tendência (artigo 64, § 3º.)³⁷⁴.

II – escassa, quando o exame dos elementos e circunstâncias referidas neste artigo evidenciar a probabilidade de rápida regeneração do agente, desde que submetido a medida reeducativa.

III – nenhuma, quando o exame dos mesmos elementos e circunstâncias evidenciar a desnecessidade do emprego de medidas reeducativas.

§ 2º. A periculosidade, declarada na sentença, será revista no curso da execução da pena, por iniciativa do condenado, do diretor do estabelecimento, do Conselho Penitenciário ou do juiz.

O desembargador Dirceu de Mello³⁷⁵ teceu críticas ao legislador em relação à definição de criminoso habitual e por tendência, especialmente porque, historicamente, os modelos anteriores de Alcântara Machado e também os estrangeiros não autorizavam que se confundisse criminoso por tendência, destinado aos inimputáveis em função de sua propensão congênita – irresponsabilidade plena ou relativa – com aqueles em que os meios de execução revelam torpeza, perversão ou malvadez do agente; reservando-se a categoria de criminoso habitual tão somente para os que, já reincidentes, tornam a delinquir uma ou mais vezes.

³⁷³ “Considera-se criminoso habitual quem: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, em período de tempo não superior a cinco anos, descontados o que se refere a cumprimento da pena; b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”.

³⁷⁴ “Considera-se criminoso por tendência quem, pela sua periculosidade, motivos determinantes e meios ou modo de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez”.

³⁷⁵ Criminoso habitual e criminoso por tendência: acertos e desacertos do novo código penal brasileiro, no plano da conceituação, imputabilidade e punibilidade desses tipos de delinqüente. Análise e sugestões. *Justitia*, São Paulo, ano 35, v. 82, p. 46/57, jul./set. 1973.

Voltando às alterações, em conseqüência, o sursis passou a ser devido apenas aos condenados de escassa ou nenhuma periculosidade (artigo 70). Já o livramento condicional, além da cláusula geral de suposição de que não voltará a delinquir e reparar o dano causado. Criou-se para o condenado habitual ou por tendência, ou seja, de periculosidade acentuada, a obrigação de cumprir o mínimo da pena indeterminada³⁷⁶.

Em relação à medida de segurança (artigos 91 a 100), o exame da periculosidade foi reservado aos inimputáveis (artigo 31), cuja conseqüência era a internação em manicômio judiciário ou estabelecimento psiquiátrico, devendo-se realizar o exame de cessação de periculosidade como condição de desinternação.

Não obstante as mudanças relatadas, como apontado, o fato é que referido Código nunca entrou em vigência, acabando por ser ab-rogado pela Lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, depois de muitas prorrogações, de modo que durante todo esse período permaneceu em plena aplicação o Código Penal de 1940.

Foi, portanto, somente com a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, que se deram os primeiros passos para a revogação da presunção de periculosidade, especificando-se no artigo 77, em dois incisos, os casos em que o juiz poderia reconhecer a periculosidade quando esta não fosse presumida por lei, bem como

³⁷⁶ A propósito da pena indeterminada, destinada ao criminoso habitual ou por tendência, o desembargador Dirceu de Mello defendeu, no V Congresso Brasileiro de Direito Penal e Ciências afins, que “fere as características de restritividade da norma criminal, impostas em nome das garantias básicas asseguradas pelo Estado moderno ao homem, a noção de uma pena que se defina conforme as circunstâncias”, oferecendo-se grande risco ao princípio maior do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Das penas no direito penal e sua aplicação: pena indeterminada: uma infeliz criação do novo estatuto penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 64, v. 475, p. 232, maio 1975).

criando nos parágrafos o procedimento de verificação. Ademais, no artigo 78 alterou-se a forma de verificação da cessação legal de periculosidade. Por fim, foram revogados os incisos III e IV do artigo 14 da Lei das Contravenções Penais, a respeito dos reincidentes nas contravenções do jogo de azar e jogo do bicho.

11.2 A reforma de 1984 e a presunção de periculosidade

Posteriormente, a reforma de 1984 cuidou de eliminar os casos de presunção legal de periculosidade, evidenciando os projetistas o desejo de afastar qualquer forma de responsabilidade objetiva em ofensa ao princípio do *nullum crimen sine culpa*. Não obstante, e porque inegável a interação da periculosidade na avaliação da aplicação da pena e na sua execução, foi mantida em vários dispositivos, expressamente ou disfarçadamente, a verificação de sua ocorrência.

O professor René Ariel Dotti³⁷⁷ escreveu detalhado artigo sobre o problema da incriminação no comportamento perigoso, valendo citar algumas passagens para justificar o exame da periculosidade na fixação da pena.

A periculosidade, afirma, deve ser entendida como condição pessoal do agente, integrante da culpabilidade em sua concepção normativa, submetida à pena. Isto, pois, na decomposição dos dados inerentes à personalidade, surgem

³⁷⁷ O problema da incriminação no comportamento perigoso. *Justitia*, São Paulo, ano 40, v. 102, p. 171, jul./set. 1978.

aspectos merecedores de maior reprovabilidade, não se olvidando, logicamente, os casos de especial desajuste, cuja medida aplicável deve ser de natureza estritamente curativa por inexistência de suporte para o juízo de censura.

Não resta dúvida, continua, no sentido de que a periculosidade é uma projeção de certo tipo de personalidade³⁷⁸, tanto na forma genérica quanto específica, subsumindo os primeiros à pena e os demais à medida de segurança, fruto do sistema vicariante adotado.

O juízo da culpabilidade, prossegue Dotti, não se encerra com a aplicação da medida ao sujeito determinado, pois ingressa também no caminho da execução da pena para censurar ou aprovar o comportamento do condenado, a fim de resolver incidentes como o sursis e o livramento condicional. Disso decorre o reconhecimento de que a periculosidade também funciona para dimensionar a pena e, assim, como um dos aspectos da reprovabilidade.

Não se procura negar, alerta, a distinção evidente entre as situações de culpa e de periculosidade. Ao contrário, insiste em que tais fenômenos estão muitas vezes interligados, surgindo a perigosidade como um aspecto revelador de uma culpa mais intensa e permanente, sendo também respaldo da pena e não somente da medida de segurança. Torna-se claro que não somente a quantidade da sanção entre os limites mínimo e máximo cominados pela lei, como também a

³⁷⁸ A personalidade, como entidade psíquica, não pode ser jamais fixada como uma certeza de "dois mais dois igual a quatro", pois sua estabilidade é relativa, isto é, não exclui um certo dinamismo, que desafia cálculos precisos ou infalíveis. Como já acentuamos, a justiça penal tem de contentar-se, aqui, com indícios, sinais ou sintomas, cálculos aproximativos ou critérios de verossimilhança, para averiguar o conjunto de probabilidades, que é, afinal de contas, a personalidade individual (Ibid., p. 172).

qualidade quando alternativa são encontradas em atenção ao contingente de censurabilidade da conduta por meio do chamado juízo de culpa em função dos dados da personalidade e dos antecedentes. Isto ocorre por intermédio do juízo da periculosidade, o qual tem como objeto a verificação de um estado do autor, pois a periculosidade consiste num modo de ser e um estado da pessoa.

Sobre a correlação culpabilidade e periculosidade³⁷⁹, salienta que esta última, como forma de expressão de algumas personalidades, tem aspecto externo – constatação que não conflita com a idéia em considerá-la também integrante da culpabilidade em função da sua natureza subjetiva, de modo que determinadas formas de comportamento típico reveladoras de um sujeito que merece maior censurabilidade, são constatáveis ab externo, como os meios e modo de execução do crime.

Para melhor entendimento da periculosidade como suporte da pena ou da medida de segurança, esclarece René que é oportuno distingui-la por meio dos aspectos genérico e específico. Compreende o primeiro a qualificação jurídico-social deferida a um grande número de sujeitos que revelam capacidade para

³⁷⁹ Esclarece Damásio que a imposição da pena depende da culpabilidade, não da periculosidade, que, tradicionalmente, sempre constituiu no pressuposto das medidas de segurança. Juízo de reprovação e juízo de periculosidade, ensina o mestre com base em lição de Bettiol, "são irreduzíveis entre si, são grandezas que operam em mundos diferentes: uma em contacto com a personalidade moral do homem, a outra em relação com a personalidade naturalística e criminológica; uma é juízo que olha o passado, a outra um juízo voltado para o futuro. A culpabilidade não pode deixar de ser monodimensional num plano normativo; não sofre qualquer contaminação. É necessário afirmar isso claramente, contra as tentativas feitas pelos positivistas para procurar demonstrar que, através da concepção normativa, penetram no conceito da culpabilidade elementos naturalísticos que a aproximam da perigosidade, o que leva à consequência da pena e da medida, como resposta a esta culpa-perigo, dever encontrar uma unificação da pena-escopo, ou sanção criminal. Mas isto significa falsear por completo a concepção normativa da culpabilidade, a qual tem a característica de eticizar o direito penal, voltando o olhar para o modo de formação da vontade, a fim de poder julgar esta como contrária ao dever; ao passo que falar de perigosidade contrária ao dever, é um contra-senso. Entre o ser e o dever ser, há um abismo"(Op. cit., p. 117).

reincidência, e, o segundo, aqueles agentes portadores de características reveladoras da inimputabilidade. Assim, as diversas formas de culpabilidade crônica (em razão da tendência, da inclinação, direção de vontade ou atitude de vida) se colocam em linha de particular consideração para se concluir que a perigosidade imanente em tais sujeitos é pressuposto de especial tratamento penal.

Prossegue o mestre esclarecendo que a quantidade e a qualidade da resposta penal levam em conta a maior ou menor probabilidade para reiterar no delito, uma vez que, sendo imputável o sujeito, não pode o juiz fechar os olhos à revelação de uma especial inclinação para o crime, devendo combater essa anomalia social com o instrumento da pena. Frente a tal posição:

[...] a periculosidade é identificável através dos graus referidos pela possibilidade ou probabilidade em cometer novo delito sendo esta última expressão um dado para convencimento da periculosidade específica a ser combatida pela medida de segurança, enquanto a possibilidade em reiterar no injusto se constitui um elemento de medição da pena.³⁸⁰

Por fim, arremata que a sede do juízo de reprovação é formada pelos aspectos objetivos vinculados ao fato e conectados à culpabilidade do autor, como a extensão do evento, os meios e o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar, além das características subjetivas, ou seja, a medida do dolo ou da culpa, os motivos determinantes e os antecedentes. Enquanto isso:

[...] a dedução da periculosidade se promove através da análise da atitude (pretérita, concomitante e posterior ao delito) sendo certo que a insensibilidade e a indiferença pelo mal causado aparecem como sintomas de presunção positiva da reincidência, em razão do manifesto desprezo pelos valores jurídicos penais.³⁸¹

³⁸⁰ Ibid., p. 174.

³⁸¹ Ibid., p. 176.

Damásio³⁸² reforça a conclusão dizendo “que não se pode mais afirmar que a periculosidade só tem função em face da medida de segurança”, pois ela “intervém também na fixação da pena”. De fato, a imposição da pena depende da culpabilidade do sujeito, mas na fixação da sanção penal a sua qualidade e quantidade não são exclusivamente condicionadas ao grau de culpabilidade de sua conduta, sofrendo ingerência da periculosidade.

Não se pode mais negar que o Juiz, na dosagem da pena, leva também em conta o grau do estado perigoso do réu. Além disso, a periculosidade também serve de critério na fase de execução da pena. Em suma, entendemos que, a periculosidade intervém, em primeiro lugar, na fixação da pena, ao lado da culpabilidade. Em segundo lugar, constitui juízo de que resultará a forma de sua execução, funcionando como corretivo da culpabilidade.³⁸³

Comenta Basileu Garcia³⁸⁴ que:

[...] o Direito Penal contemporâneo leva muito em conta, para a aplicação da pena, a periculosidade. Certas circunstâncias, consideradas pela lei como agravantes, têm a sua razão de ser na evidente revelação de perigo social do agente contra o qual militam. A tarefa judicial de fixação da pena é, em grande parte, um trabalho de apreciação da periculosidade, como promana do art. 42 do nosso Código³⁸⁵.

Magalhães Noronha³⁸⁶ partilha do mesmo pensamento, “pois a fixação da pena não é estranha a periculosidade do réu, como se vê do art. 59 de nosso Código”.

³⁸² Ibid., p. 122.

³⁸³ Ibid., mesma página.

³⁸⁴ Op. cit., p. 592.

³⁸⁵ Artigo 59 do Código vigente.

³⁸⁶ Op. cit., p. 313.

11.3 Fixação da pena, regime prisional e substituição por restritiva de direitos

Retomando o estudo específico das mudanças provocadas pela reforma de 1984, em especial as disposições a respeito da fixação da pena, nota-se que o artigo 59 do Código Penal submete ao juiz a escolha de qualidade e quantidade de pena, bem como o regime inicial de cumprimento, e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito. Os elementos colocados ao julgador para análise e formação da convicção são justamente aqueles mesmos que antes expressamente ensejavam a possibilidade do reconhecimento da periculosidade, ressaltando-se que, embora se pretendesse justamente excluir hipóteses de responsabilidade objetiva representadas pela presunção legal, o raciocínio presuntivo, mas oriundo do julgador, como regra, continua sendo a forma de se alcançar a certeza sobre o fato desconhecido. Basta analisar as novas disposições:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime³⁸⁷:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

³⁸⁷ Ferri apresenta como elementos que devem ser considerados na verificação da periculosidade do agente, a gravidade e as modalidades do crime, os motivos determinantes e a personalidade do criminoso (Op. cit., p. 276, 279 e 291).

Primeiro, portanto, o julgador define qual a pena em qualidade, ou seja, se reclusão ou detenção e depois em quantidade, dentro dos parâmetros legais. Inegável que o exame da periculosidade se faz nesse momento, tanto que doutrinadores de magnitude o reconhecem, dentre eles, como visto, Ariel Dotti, Basileu Garcia, Magalhães Noronha e Damásio. Concluindo este último no sentido de que:

[...] a quantidade da efetiva execução da pena não decorre da culpabilidade do réu, mas de sua periculosidade. A forma de execução da pena privativa de liberdade varia de acordo com o grau do estado perigoso do condenado³⁸⁸.

De fato, especialmente ao quantificar a pena, o julgador deverá analisar todas as circunstâncias do crime, mas especialmente aquelas afetas ao próprio agente e aos seus motivos, com a personalidade e os motivos determinantes do crime.

Ensina Ferri³⁸⁹ que motivo determinante é o ato psíquico (sentimento e idéia) que precede e determina tanto a vontade como a intenção e que as identifica, quase sempre como o escopo. Ferri o diferencia da vontade e da intenção, pois as precede e as determina, identificando-se quase sempre com o objetivo – o efeito final – praticamente desejado pelo delinqüente. O motivo determinante dá o significado moral e jurídico a todo ato humano. A mesma ação material, exemplifica o autor, “a abundante esmola a uma rapariga mendiga pode ser um nobre e recatado ato de caridade ou uma pública ostentação de vaidade ou até um imoral princípio de corrupção, somente a secundar o motivo, que determina esse ato.” Ferri

³⁸⁸ Op. cit., p. 125.

³⁸⁹ Op. cit., p. 280/281.

os distinguem em motivos sociais e anti-sociais, que no campo ético se chamarão motivos morais e imorais, nobres e ignóbeis, e, no campo legal, motivos jurídicos e antijurídicos, legítimos e ilegítimos, escusáveis e não escusáveis.

Como motivos que legalmente ensejam a agravação da pena no vigente Código Penal estão o fútil (insignificante, desproporcionado, destituído de importância) e o torpe (indigno, abjeto, contrário à moral, que provoca aversão). O primeiro, afirma Basileu Garcia³⁹⁰, desvenda no agente forte inclinação à prática de atos anti-sociais, sendo certo que:

[...] o indivíduo que transgride a lei penal à-toa, cedendo a um impulso de nenhum valor, traz evidentemente na sua própria individualidade razões permanentes para delinqüir, necessitando, pois, de enérgicas medidas de defesa social.

Quanto ao segundo, “a torpeza do procedimento denuncia um temperamento arraigado às normas morais, em que buscam inspiração as disposições penais”³⁹¹. Ambos, arremata, representam eloqüentes sintomas de periculosidade do agente.

Relativo à personalidade, Ferri³⁹² assevera que é a que mais interessa à justiça penal prática, devendo ser posta na primeira linha da adaptação da sanção para o crime à periculosidade do agente. É na personalidade do criminoso, como individualidade biopsíquica e como ser vivo em sociedade, que sinteticamente se caracterizam os analíticos elementos de graduação da sua periculosidade, dados pela gravidade do crime e pelos motivos determinantes.

³⁹⁰ Op. cit., p. 471.

³⁹¹ Ibid., mesma página.

³⁹² Op. cit., p. 291.

Para Damásio E. de Jesus³⁹³ a personalidade é o retrato psíquico do delinqüente, incluindo a periculosidade. Já Ney Moura Teles³⁹⁴ traz a observação de que personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências – Psicologia, Psiquiatria, Antropologia –, e “deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influem o comportamento do sujeito”

Mais especificamente, Rogério Greco³⁹⁵ diz que:

[...] a exigência de análise da personalidade faz com que o juiz entre nas particulares características do agente, a exemplo do modo e o meio em que cresceu e foi criado, seus valores morais e seu temperamento, que podem tê-lo influenciado ao cometimento da infração penal.

Em resumo, a periculosidade pode ser aferida pelo juiz tanto em função dos motivos do crime como pela análise da personalidade do agente, critérios relevantes que servem como indícios na elaboração do raciocínio presuntivo, pois sem dúvida, mesmo com base em dados concretos, a periculosidade do agente não deixa de ser extraída de uma presunção, no caso, de natureza jurídica.

Por isso mesmo deve o julgador acercar-se do máximo de indícios e informações possíveis, consultando, se necessário, as ciências auxiliares, a fim de possibilitar a formação de sua convicção a respeito da periculosidade do agente; não se podendo limitar a presumi-la com base em dados pouco confiáveis e fazendo afirmações vagas.

³⁹³ *Direito Penal: parte geral*, p. 484.

³⁹⁴ *Op. cit.*, p. 400.

³⁹⁵ *Op. cit.*, p. 628.

Superada a fase da fixação da pena, em seguida, o julgador estabelece o regime prisional e mais uma vez há incidência da periculosidade, especialmente porque o dispositivo legal se reporta justamente às hipóteses, ou indícios, postas à análise do julgador para definição da pena, conforme se verifica pela redação do parágrafo terceiro do artigo 33: “§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com a observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

O juiz, assim, por meio do raciocínio presuntivo, estabelece no regime prisional examinando, dentre outros fatores, a qualidade e quantidade da pena, e outras circunstâncias. No entanto, inegavelmente, também avalia a periculosidade do agente – o que foi reconhecido pela Suprema Corte ao julgar crime de roubo qualificado – entendendo-se justamente que em face da periculosidade, não obstante que a quantidade de pena possibilitasse regime menos gravoso, o fechado era o adequado.

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL INICIAL. 1. A periculosidade do agente, revelada pela prática do crime de roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de pessoas, pode constituir motivação bastante para fixação do regime inicial fechado. 2. A pena-base e o regime prisional têm finalidades distintas, ainda que fixados com a utilização dos mesmos critérios: na aplicação da pena vela-se unicamente pela dosagem da reprimenda, enquanto que na fixação do regime objetiva-se tanto a reeducação do agente como a segurança da sociedade. 3. A lei desatrela a pena aplicada do regime prisional, ainda que fundados nos mesmos critérios, ao impor o regime fechado ao condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 anos e ao facultar o regime semi-aberto ao condenado à pena de mais de 4 até 8 anos (CP, art. 33, § 2º, a e b), de forma a permitir que o Juiz, levando em conta a periculosidade do agente e segurança da sociedade, imponha o regime prisional adequado. 4. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o rito especial e sumário do habeas-corpus não se compadece com o reexame de circunstâncias de natureza subjetiva, como é a que fixa o regime prisional. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. HC 75663 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 30/09/1997. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 27-04-2001 PP-00059 EMENT VOL-02028-03 PP-00563.

EMENTA: 1. Habeas Corpus. 2. Condenação pela prática de crime de roubo tipificado no art. 157, § 2º, do Código Penal. 3. Regime inicial fechado. 4. Alegação de incompatibilidade entre o regime fixado e a pena imposta. 5. A periculosidade do agente, a gravidade do delito e as circunstâncias de sua prática justificam a reprimenda mais severa. 6. Inaplicabilidade das Súmulas nos 718 e 719 do STF. 7. Ordem denegada. HC 84497 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Rel. Acórdão. Julgamento: 05/04/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 29-04-2005 PP-00045 EMENT VOL-02189-02 PP-00344”

REGIME PRISIONAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PERICULOSIDADE. 1. A pena imposta (5 anos e 4 meses de reclusão) por si só não gera direito ao regime semi-aberto, podendo o magistrado, em ato decisório motivado, impor o regime mais gravoso quando verificada a maior culpabilidade e periculosidade do agente. Interpretação dos arts. 33, § 3º e 59 do Código Penal. 2. HC indeferido. HC 84304/SP-SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Rel. Acórdão Julgamento: 08/06/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 06-08-2004.

Ainda quanto ao regime prisional, o legislador reconheceu a periculosidade do agente de duas formas distintas, por meio de presunção legal absoluta, quais sejam, aquelas decorrentes de sua fixação em função da quantidade de pena aplicada, e a outra em razão da reincidência³⁹⁶.

Dessa forma, ao estabelecer que os condenados a pena superior a 8 (oito) anos devem começar a cumpri-la no regime fechado, e semi-aberto para penas superiores a quatro e inferiores a 8 (oito) anos, reconheceu-se uma presunção absoluta de periculosidade, ainda que disfarçada, diversa daquela previsão expressa contida no § 5º. do artigo 30, redação dada pela Lei 6416/77. Basta lembrar que a concessão do livramento condicional está vinculada ao exame da cessação da periculosidade do agente, donde se conclui que justamente foi encarcerado em função dela.

³⁹⁶ “Art. 33 [...] § 2º., a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

Nesse caso a presunção legal é de natureza *juris et de jure* em relação ao regime mínimo, não podendo o julgador dela se afastar em consideração às penas aplicadas. Exemplificando, se na condenação foi imposta reprimenda acima de 8 (oito) anos, não pode o julgador fixar outro regime senão o fechado; se a condenação se refere à pena acima de 4 (quatro) anos e até 8 (oito) anos não pode o julgador estabelecer o regime aberto, pois a presunção de periculosidade funciona, juntamente com a quantidade de pena, como regra que não admite contradição.

Outra presunção absoluta ocorre ao se impedir o regime aberto aos reincidentes, ficando claro aqui o destaque para a periculosidade do agente, conclusão que decorria de previsão expressa dada pelo artigo 77 da redação anterior à reforma.

Discute-se a natureza da presunção, ou seja, se absoluta ou relativa. A doutrina tende a considerá-la absoluta, entendendo que o julgador não pode fixar regime menos gravoso. Entretanto, não se pode esquecer que a periculosidade do agente comporta graus, inclusive como era prevista pelo Código de 1969, em acentuada, escassa e nenhuma. Interessante citar aqui como exemplo a reincidência gerada por crimes culposos, daí quedando a jurisprudência por não impedir, nestes casos, a concessão de regime menos gravoso, incluindo o aberto, quem apresenta a recidiva contra si.

Imposta a pena privativa de liberdade, o passo seguinte do julgador é verificar a possibilidade e substituição por restritiva de direitos, a partir de critérios objetivos e subjetivos, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos³⁹⁷ são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

[...]

§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

Dentre os critérios, logo se destacam o descabimento do benefício se o crime é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, se o agente é reincidente em crime doloso ou ainda se, em qualquer hipótese, não o merecer com base na avaliação dos mesmos elementos estipulados no artigo 59. Evidencia-se claramente a opção do legislador em conceder o benefício aos não perigosos, presumindo-se, por outro lado, a periculosidade nos casos supramencionados, seja legalmente, como nas duas primeiras hipóteses ou estabelecida pela convicção do julgador, como ocorre na última.

Os crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa indicam realmente maior periculosidade do agente – conclusão intuitiva. Tanto isso é verdade que o próprio legislador especificou que nesses casos não só a substituição da pena está impedida, mas também a concessão do livramento condicional (art. 83, parágrafo único) fica submetida à presunção de que não voltará a delinquir, do que se concluiu ter havido presunção de periculosidade. Evidente que tal presunção comporta graduação, mas inegável o seu reconhecimento legal.

³⁹⁷ Alterada pela Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998.

A questão da reincidência em crime doloso como presunção de periculosidade merece estudo à parte, como se fará a seguir.

Por fim, o inciso III expressamente traz hipótese de presunção *hominis* e versa sobre as mesmas circunstâncias pessoais que devem ser observadas para a aplicação da pena privativa de liberdade, sua qualidade e quantificação. Destaca-se mais uma vez, e aqui com maior relevo, o exame da periculosidade do agente, pois as espécies de pena restritivas pressupõem justamente a permanência do condenado sem riscos para a sociedade, revelando “incompatibilidade com a convivência social harmônica”³⁹⁸.

11.4 Reincidência

A reincidência tem a função básica de funcionar como agravante da pena, além de diversas secundárias, algumas já estudadas, por exemplo, a fixação do regime prisional e a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, e outras que ainda serão verificadas, como requisito para a concessão do sursis e livramento condicional. Sua caracterização está prevista nos artigos 63 e 64 do Código Penal, *in verbis*: “Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.”

³⁹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 279.

Art. 64. Para efeito de reincidência:

I – não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II – não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Qual o fundamento desse dispositivo que gera tantos efeitos?

Convencidos da ineficácia das penas comuns quando aplicadas aos criminosos reincidentes, habituais e profissionais, estudiosos há muito têm envidado os maiores esforços para descobrir os meios repressivos e preventivos capazes de combatê-los e regenerá-los. As tentativas iniciais, como lembra Luiz Fernando da Costa e Silva³⁹⁹, são dos séculos XIX e XX, pelas reuniões da União Internacional de Direito Penal de Bruxelas (1889), Berna (1890), Cristiana (1891), Paris (1893), Antuérpia (1894) e na reunião de Hamburgo (1905), quando se reconheceu a necessidade de reprimir a reincidência tomando-se por base não a infração cometida, mas o perigo oferecido pelo delinqüente – critério que reclamava, de acordo com os criminalistas, a introdução nas legislações penais de medidas adequadas, com a finalidade de reprimir a reincidência habitual e profissional.

A legislação brasileira, portanto, especialmente pelo seu Código de 1940, estabeleceu a presunção de periculosidade em relação ao agente que reincidissem no crime, acompanhando a tendência e evolução da política criminal da época.

Magalhães Noronha⁴⁰⁰ assevera que a maioria da doutrina aceita a reincidência, “seja por se ter revelado ineficiente a primeira pena, seja por manifestar

³⁹⁹ Op. cit., p. 50.

⁴⁰⁰ Op. cit., p. 262.

patentemente o criminoso sua inadaptação ou rebeldia à ordem constituída, donde a necessidade de repressão mais severa”.

Discorrendo sobre os fundamentos da reincidência, Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰¹ citam as correntes doutrinárias que procuram justificá-la, todas sem sucesso, pois na visão de ambos trata-se de hipótese que viola o princípio do non bis in idem, cuja existência se justifica no interesse estatal de classificar as pessoas em disciplinadas e indisciplinadas, sendo óbvio não ser esta função do direito penal garantidor.

Dentro da teoria psicológica da culpabilidade, esclarecem, sustentou-se que a reincidência demonstrava uma decisão da vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência, o que não é correto, pois especialmente quando os delitos são diferentes, não se pode falar em reforço de uma vontade que não existe.

No âmbito da teoria normativa da culpabilidade, entendeu-se que se a anterior condenação não foi suficiente para reforçar os mecanismos de contramotivação do autor, fazia-se necessário reforçar a condenação pelo segundo delito. Despreza esta teoria o fato de que a mera condenação sem o efetivo cumprimento da pena não pode contramotivar ninguém, e mesmo que se trate de reincidência real, depois do cumprimento da pena, sabe-se que esta comumente é, ao contrário, condicionante da assunção do papel desviado do agente.

⁴⁰¹ *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Ainda na corrente da culpabilidade normativa fala-se em ampla gama de matizes de culpabilidade de autor, por exemplo, reprovação de personalidade, do caráter, da condução da vida – consideradas todas como violações do princípio da legalidade e do direito penal do ato, já rechaçado em face da culpabilidade do autor.

Outra tese procurou justificar o agravamento da pena pela reincidência num maior conteúdo do injusto, isto é, a prática de um novo crime já contando com condenação afeta a imagem do Estado como provedor de segurança pública, atingindo-se, então, dois bens jurídicos. Esta explicação, segundo Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰², também não quita o inconveniente da violação ao princípio do non bis in idem. Tentou-se por meio de Armin Kaufmann superar este obstáculo sob o argumento de que ao realizar o segundo delito violam-se duas normas: a do segundo tipo, que é a do crime em si, e a que, partindo do primeiro, proíbe cometer o seguinte. Cada tipo, assim, tem duas normas, uma específica à tutela do bem jurídico de que se trata, e, outra, genérica, ligada à proibição de um futuro delito. O problema dessa sustentação relaciona-se à pergunta sobre qual seria esse outro bem jurídico, e a conclusão a que se chega, afirmam os mestres, é de que não pode ser outro que não o geral sentimento de segurança jurídica, o qual, todavia, não provém da efetiva segurança jurídica de um único bem jurídico, mas da somatória de todos eles.

Por fim, ainda discordando veementemente, Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰³ reconhecem que dentre as correntes justificadoras da reincidência, a mais difundida,

⁴⁰² Ibid.

⁴⁰³ Ibid., p. 841.

como conseqüência da recepção do positivismo na América Latina, é a que demonstra uma maior periculosidade da pessoa. A razão da reação contra este entendimento reside no fato de que se periculosidade indica uma maior possibilidade de cometer delito, de modo algum se pode afirmar isto na reincidência, lembrando-se exemplos como a recidiva em delitos menores e até culposos. Foi daí que se criou a periculosidade presumida justamente para se contrapor a este argumento. Para os mestres, a periculosidade, no caso de se poder valorá-la, constitui um juízo fático; e, por conseguinte, jamais poderia ser presumido *juris et de jure*, porque se assim fosse estabeleceria a presença de um fato quando o mesmo não existe, e isso, na ciência jurídica, não se denomina “presunção”, e sim, “ficção”.

A objeção de Zaffaroni e Pierangeli⁴⁰⁴ tem justificativa quando se confere à reincidência a presunção absoluta de periculosidade, já que ela é passível de graduação, podendo variar de nenhuma à acentuada, fazendo uso dos termos do Código de Hungria. Tanto isso ocorre que como requisito das penas restritivas de direitos, *sursis* e livramento condicional é somente a reincidência em crimes dolosos que impede a concessão, revelando o legislador sua preocupação em admiti-los apenas para agentes com periculosidade atenuada. Ademais, se se considerar que a periculosidade decorrente da reincidência é sempre de natureza absoluta, tem-se realmente maior aproximação de uma ficção jurídica, sem contar que nesta hipótese poder-se-ia igualmente pensar na violação do princípio do *nullum crimen sine culpa*, fundamento para explicar na reforma de 1984 todas as formas de presunção legal expressa.

⁴⁰⁴ Ibid.

Por outro lado, entretanto, conferindo-se ao julgador a possibilidade de, em face do caso concreto e dos indícios existentes, formar a convicção sobre a periculosidade do agente, como ocorre por meio dos dispositivos referentes ao sursis e do livramento condicional, ou mesmo mantendo-a sob a forma de presunção relativa e admitindo prova em contrário, eliminar-se-iam os inconvenientes apontados. Em resumo, a periculosidade fruto da reincidência é uma presunção e admite graduação, e, como tal, sempre que se impede a prova em contrário poder-se-á violar o princípio do *nullum crimen sine culpa*.

A natureza da reincidência, qual seja, de indicar a periculosidade do agente, não foi afastada pelas reformas que se sucederam concernentes à parte geral do Código Penal. Dado que, indiscutivelmente, a perigosidade comporta graus, o seu reconhecimento por meio da reincidência e de forma absoluta, incluindo todas as suas conseqüências, gerou insatisfação, o que cumulado com a aplicação de pena e medida de segurança – sistema duplo binário – àqueles cuja periculosidade era presumida, provocou reação, mormente em período que o Direito Penal brasileiro reagia contra os casos de responsabilidade sem culpa, fruto do pensamento jurídico que se desenvolvia, redundando na eliminação do seu reconhecimento formal como representação da periculosidade do agente, juntamente com a eliminação do sistema do duplo binário, substituído que pelo vicariante.

Não obstante, e como já se disse, a periculosidade do agente não deixou de ser base para a aplicação de vários institutos, destacando-se em relação à reincidência a sua forma mais evidente, a de funcionar como agravante legal,

havendo neste caso presunção absoluta de periculosidade, sem direito de prova em contrário e devendo o julgador reconhecê-la para efeito de provocar a exasperação da reprimenda.

11.5 Execução da pena: *sursis* e livramento condicional

Já na fase da execução da pena, a presunção da periculosidade foi mantida pela reforma de 1984, inicialmente por sua previsão como requisito para concessão do *Sursis*. Bastando conferir abaixo:

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (anos) a 4 (anos), desde que:
I – o condenado não seja reincidente em crime doloso;
II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;
III – [...].

Sob a égide da Lei 6.416/77, Antônio Scarance Fernandes⁴⁰⁵ lembrava a importância da verificação dos elementos indicativos de não periculosidade do agente para concessão do *sursis*; asseverando que o “benefício só será concedido se, do exame desses elementos, puder o julgador concluir que o sentenciado não tornará a delinqüir”, não tendo sido dada a devida importância à apuração desses dados e a suspensão concedida com o preenchimento dos outros requisitos apenas. Todavia:

⁴⁰⁵ Suspensão condicional da pena: considerações a respeito do instituto, com as inovações da lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. *Justitia*, São Paulo, ano 40, v. 100, p. 163, jan./mar. 1978.

[...] pode o juiz ter à sua frente dados que indiquem a probabilidade de nova incidência do condenado no crime. Assim, os antecedentes criminais e a circunstância de estar o réu sendo processado por outros delitos servem como indicadores daquela probabilidade.⁴⁰⁶

Por outro lado, comentando o anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, René Ariel Dotti⁴⁰⁷ ressaltou a eliminação do requisito genérico relativo à "presunção de que (o sentenciado) não tornará a delinquir", sendo abolido no sistema proposto este "critério deambulante e fluido decorrente das presunções para se declarar que o sursis é aplicável quando o exame da culpabilidade e dos demais requisitos acima enunciados, indique ser a medida "necessária e suficiente". A solução adotada "é um corolário lógico da erradicação da presunção de periculosidade que não mais se admite no Anteprojeto".

Efetivamente o novo tratamento dado pela Lei 7.209/84 não faz menção expressa, como no caso do livramento condicional, à verificação de condições que permitem concluir que o sentenciado não voltará a delinquir. Não obstante, refere-se a dados indiciários da cessação da periculosidade, pois se nota facilmente, porque expresso na lei, que os mesmos elementos estabelecidos para a fixação da pena são também previstos como condição do sursis; visando verificar o cabimento do benefício, ou seja, se há necessidade de o agente cumprir a pena ou pode ser suspensa sob certas condições. Dentre os critérios formadores da convicção judicial, baseado em tais elementos, repita-se, figura inegavelmente a investigação sobre sua periculosidade, uma vez que o benefício só terá eficácia se concedido a condenado capaz de permanecer em sociedade sem o risco de nova

⁴⁰⁶ Ibid., mesma página.

⁴⁰⁷ O "sursis" e o livramento condicional nos projetos de reforma do sistema, *Justitia*, São Paulo, ano 46, v. 124, p. 180, jan./mar. 1984.

afronta ilícita. Lembre-se que pelo Código de 1969 só seria admissível a suspensão para os condenados de escassa ou nenhuma periculosidade (art. 70).

A respeito, Mirabete⁴⁰⁸ alude à ausência de periculosidade do agente como pressuposto subjetivo do sursis, “deduzido pela culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como motivos e circunstâncias do crime (art. 77, inciso II)”, arrematando com a seguinte observação:

Embora tenha o legislador evitado a palavra ‘periculosidade’ na nova lei, não pôde esconder a realidade, ou seja, a existência de condições pessoais que indicam que o sujeito provavelmente voltará a delinquir. Ao afirmar, no art. 77, inciso II, que as circunstâncias referidas devam ser tais que ‘autorizam a concessão do benefício’, reconhece-se a possibilidade de denegar o benefício àquele que, por circunstâncias pessoais, demonstre a presunção de que voltará a delinquir.

Trata-se de uma prognose, na visão de Cezar Roberto Bitencourt⁴⁰⁹, de que o condenado não voltará a delinquir, com base nos elementos indicados pela lei, que têm:

[...] a função de subsidiar a previsão da conduta futura do condenado, que, se for favorável, isto é, de que provavelmente não voltará a delinquir, autorizará a suspensão da execução da pena imposta, mediante o cumprimento de determinadas condições.

Não se pode olvidar, ainda, que uma das condições para a concessão sursis é não ser o agente reincidente em crime doloso – desde que a condenação não seja de multa e ficando claro a incompatibilidade do benefício com a condição de criminoso perigoso, em face de sua permanência no meio social e,

⁴⁰⁸ Op. cit., p. 326.

⁴⁰⁹ *Tratado de direito penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 629.

inclusive, cumprindo condição até mesmo de prestação de serviços à comunidade. Apresenta-se como paradoxal o fato de o legislador admitir a sua concessão nestas condições, o que confirma a necessidade da verificação da periculosidade do agente para a sua aplicação, até porque a espécie de reincidência impeditiva igualmente indica que se excluiu somente a periculosidade agravada.

Ainda no tocante à execução da pena, o exame da periculosidade aparece no livramento condicional, mas por via inversa, ou seja, examinando-se a cessação da periculosidade, uma vez que cumprindo pena em regime de encarceramento, estava ela presumida. Trata-se de uma presunção *hominis*, já que o julgador a reconhece, e se refere a uma prognose, ou seja, ao conhecimento de algo futuro, baseado especialmente em dados relativos ao comportamento carcerário, como, por exemplo, disciplina, trabalho, comportamento, respeito às regras internas, etc.

Confira-se a previsão legal:

Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (anos), desde que:

[...]

II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

[...]

V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenado por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único. Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

Prosseguindo no seu comentário ao anteprojeto de reforma da parte geral do Código Penal, René Ariel Dotti⁴¹⁰ destacou como inovação importantíssima, mais uma vez, a supressão do pressuposto da ausência ou cessação de periculosidade, em face da orientação em se abandonar o sistema do duplo binário e a presunção normativa de periculosidade. Revelando suas apreensões em torno do grave problema da criminalidade violenta, que assume conformação de pânico nos grandes centros urbanos afetados pelas agressões ao patrimônio, o anteprojeto dispunha que: "Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à verificação, em perícia, da superação das circunstâncias que o levaram a delinquir" (Parágrafo único, artigo 83). Não se cogita, aqui, afirma:

[...] de uma investigação referente à periculosidade como um prognóstico, um juízo sobre o futuro, mas de uma análise sobre o passado a fim de se deduzir, com elementos concretos extraídos do levantamento da personalidade, da conduta do condenado e das circunstâncias externas (meio ambiente, qualidade de vida, etc.) ou internas (estado mental e psicológico).⁴¹¹

Essa inovação ressaltada por Ariel Dotti, no entanto, não vingou, pois na reforma de 1984 o exame de cessação de periculosidade, que leva a uma presunção, acabou sendo inserido na norma.

O primeiro requisito que visa analisar a periculosidade do agente para a concessão do livramento condicional é a própria reincidência, que faz não só aumentar o tempo de cumprimento da pena para o seu deferimento, como inclusive o impede caso se trate de reincidência específica nos crimes hediondos. Assim, se o

⁴¹⁰ Op. cit., p. 182.

⁴¹¹ Ibid., mesma página.

condenado cumpre pena encarcerado é porque se presume ser perigoso. Para os crimes comuns deverá cumprir mais da metade da pena. Todavia, em caso de crimes hediondos, porque indicativos de periculosidade acentuada, somente depois do cumprimento de dois terços da pena. Esse prazo maior para os reincidentes visa buscar a cessação da perigosidade e, ocorrendo reincidência em crimes hediondos, o grau de periculosidade é tal que não autoriza o cumprimento de pena em liberdade. Nas três hipóteses a presunção de periculosidade gerada pela reincidência é absoluta.

Figuram também como requisitos do benefício dois casos de presunção *hominis*, quais sejam, a presunção de subsistência própria mediante trabalho honesto e a presunção de cessação de periculosidade.

Para Mirabete⁴¹², “presume-se que, com o esforço do condenado, pode ele deixar a prisão em condições de prover a subsistência própria no desempenho de atividade laborativa honesta”, o que poderá ser deduzido por meio de promessa de emprego. Em relação à cessação de periculosidade, diz que independe de perícia médica, diversamente do afirmado pela exposição de motivos da Lei 7.209/84, pois houve mudança na tramitação do texto legal. Neste caso, deve o juiz formar sua convicção “diante dos elementos do processo de execução, em especial do próprio procedimento incidental referente ao pedido do benefício”, não constituindo constrangimento ilegal, entretanto, submeter o sentenciado à perícia técnica.

⁴¹² Op. cit., p. 338.

Nelson Hungria⁴¹³ com sabedoria adverte que a periculosidade:

[...] é um estado psíquico que não se deixa averiguar diretamente, visto que a psique humana tem escapado, quase totalmente, à investigação da ciência objetiva, não se tratando também de fenômeno cujo período de duração se possa determinar previamente. [...] O juízo de superveniente cessação dela, isto é, o juízo sobre a eliminação do risco de novos crimes por parte de determinado delinqüente, há de ser sempre uma hipótese aceitável ou verossímil, jamais uma certeza.

11.6 A periculosidade nas medidas de segurança

Por fim, a medida de segurança, com a mudança de sistema do duplo binário para o vicariante, reservou o exame da periculosidade aos inimputáveis e semi-imputáveis, tornando-a presumida legalmente nos casos de prática de crime apenado com reclusão, e necessitando de demonstração concreta no caso de crimes apenados com detenção, conforme ensina a doutrina. Na verdade em ambos os casos o exame da periculosidade do agente é realizado por meio da presunção, diferenciando-se apenas na espécie, pois este último depende de avaliação judicial; sendo, portanto, uma presunção *hominis*, enquanto naquele, é a própria lei que estabelece, determinando a aplicação de medida de segurança e internação como consequência do reconhecimento do crime.

Art. 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º. A internação, ou o tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessão de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

[...]

⁴¹³ Op. cit., p. 22.

§ 3º. A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade".
[...]

Art. 98. Nas hipóteses do parágrafo único deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º. a 4º.

Reporta-se a lei inicialmente (art. 26) àqueles que, ao tempo da ação ou omissão, eram absolutamente incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de serem determinados de acordo com esse entendimento, em virtude de doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto. Ficando a salvo da pena, não podem tais agentes, entretanto, escapar à medida de segurança. O interesse e a tranqüilidade pública assim o exigem (caráter defensivo da medida de segurança), assevera Luiz Fernando da Costa e Silva⁴¹⁴, e, ao mesmo tempo, prossegue, tratando-se geralmente de anormais, cumpre submetê-los a um consciencioso e eficaz tratamento médico pedagógico, pelo qual se procurará torná-los novamente aptos para a vida em comunidade (caráter assistencial e terapêutico da medida de segurança).

Em segundo lugar, na categoria dos indivíduos considerados perigosos *ex vi legis*, encontram-se os semi-responsáveis (art. 26, parágrafo único). Luiz Fernando⁴¹⁵ esclarece que entre o estado de completa saúde mental e o de inteira privação da inteligência, entre a consciência normal e a inconsciência, muitas graduações existem. Daí a idéia da imputabilidade restrita ou atenuada,

⁴¹⁴ Op. cit., p. 51.

⁴¹⁵ Ibid., mesma página.

demonstrando a experiência, porém, de que tais indivíduos eram, muitas vezes, assaz nocivos à sociedade e por este motivo exigiam tratamento adequado e especial. Assim, era contraproducente a aplicação de penas de pouca duração sem efeito intimidativo ou regenerador, chegando-se à conclusão de que era necessário submeter os chamados semi-responsáveis, em função de sua parcial insanidade ou deficiência mental, a tratamento médico e reeducativo.

Ensina Magalhães Noronha⁴¹⁶ que se reconhece a periculosidade “quando a personalidade do agente e sua vida anteata, aliadas aos motivos e circunstâncias do fato, mostram a probabilidade de tornar ou vir a delinquir”. Não se trata, esclarece, de “possibilidade de vir a cometer delito, mas da probabilidade demonstrada por quem vive em estado perigoso, estado subjetivo de criminalidade latente”.

Luiz Flávio Gomes⁴¹⁷, na esteira da doutrina, ensina que as medidas de segurança “têm por fundamento a periculosidade do agente (a pena, por seu turno, tem por fundamento a culpabilidade). O agente é sancionado pelo que ele ‘é’ (perigoso) e pelo que ‘fez’ (cometimento da infração)”.

No caso das medidas de segurança, afirma Luiz Flávio⁴¹⁸, a periculosidade é decorrente do delito praticado pelo inimputável, sendo neste caso presumida, ou do semi-imputável, hipótese de natureza real, pois necessita de verificação de necessidade de tratamento curativo.

⁴¹⁶ Op. cit., p. 314.

⁴¹⁷ *Direito penal: parte geral. Culpabilidade e teoria da pena.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 7 (Manuais para Concursos e Graduação), p. 152.

⁴¹⁸ *Ibid.*, mesma página.

Fernando Galvão e Rogério Greco⁴¹⁹ acrescentam:

[...] que a incapacidade psíquica aumenta a probabilidade de novas práticas anti-sociais e o indivíduo passa a ser considerado pela ordem jurídica como perigoso. A periculosidade é conceito jurídico que reconhece no indivíduo sua maior propensão ao desenvolvimento de finalidades socialmente indesejadas, que podem levar à realização de ofensas aos valores penalmente tutelados.

A previsão legal traz, então, uma presunção de periculosidade motivadora da aplicação da medida, seja de internação ou tratamento ambulatorial. Essa presunção é legal, de natureza absoluta em relação aos inimputáveis, mas cede à apreciação judicial no tocante aos semi-imputáveis, não perdendo, porém, a natureza de presunção, denominada real⁴²⁰. Diversamente do afirmado por Luiz Flávio⁴²¹, pois neste caso o juiz é que deverá concluir pela periculosidade do agente, indicativa da necessidade de tratamento curativo. Já a verificação da cessação de periculosidade que motiva a desinternação ou interrupção do tratamento ambulatorial está afeta somente ao julgador, que a apura igualmente por meio do raciocínio presuntivo, firmando-se, portanto, como uma presunção *hominis*. Nesse sentido é a lição de Paulo José da Costa Junior⁴²².

Tanto quanto o reconhecimento da existência ou permanência da periculosidade, ou de sua cessação, ressalta Nelson Hungria⁴²³:

⁴¹⁹ *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 451.

⁴²⁰ “Consiste a periculosidade real na constatação pelo juiz e mediante perícia médica que o autor é doente mental ou portador de desenvolvimento mental incompleto ou retardado” (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 628).

⁴²¹ Op. cit.

⁴²² *Direito penal: curso completo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva: 1999, p. 215.

⁴²³ Op. cit., p. 23.

[...] não pode deixar de ser uma prognose, uma suposição ou previsão que, embora estatisticamente fundada no *quod plerumque accidit*, pode não traduzir a realidade. Não há exigir, quer num, quer noutro caso, critérios de certeza, senão cálculos de probabilidade.

Referido mestre, sobre a cessação da periculosidade no caso de inimputáveis, traz o ensinamento reduzido abaixo.

Mais prudente ou ponderado deve ser o prognóstico quando se trate dos desconcertantes "anormais psíquicos" ou "portadores de personalidades psicopática", cuja periculosidade, também aprioristicamente presumida em lei, é manifestação de uma personalidade constitucionalmente defeituosa e não oportunamente corrigida. Ou ainda quando se trate de indivíduos que não se apartam sensivelmente do tipo *homo medius*, mas cuja personalidade se formou inadequadamente, por deficiência de aquisições éticas ou ineducação dos instintos, ou veio a deformar-se pela adoção de hábitos contrários à dominante moral jurídico-social. "É que nesses casos a periculosidade não resulta de uma condição episódica ou estranha à personalidade *foncière* ou constante do indivíduo, mas de um status que lhe é ou se lhe tornou inerente ou integrante"⁴²⁴. No caso de curabilidade de doença mental determinante da periculosidade, o desaparecimento desta será tanto mais seguramente previsível quanto mais convincentemente se apresentar a cura daquela. Nas demais hipóteses, entretanto, não é uma doença que se tem a debelar, mas uma personalidade que se tem a retificar. Num caso, a cessação da periculosidade é verificável por um fato cujo advento pode ser identificado com relativa segurança, isto é, o desaparecimento do estado mórbido condicionante; nos outros casos, porém, a cessação da periculosidade não oferece inequívocos pontos de referência, dada a verdadeira constelação causal que tem de ser eliminada.

⁴²⁴ Ibid., p. 24.

Enfim, as palavras de Hungria⁴²⁵ deixam claro que o exame da cessação da periculosidade depende da presunção de sua ocorrência, pois a certeza necessária ao seu reconhecimento está fechada no subjetivismo do agente, impenetrável inclusive por meio dos conhecimentos técnicos existentes.

Resta saber se em relação à presunção legal sua natureza *juris et de jure* ou *juris tantum*.

A discussão só pode ficar reservada às hipóteses de inimputáveis, pois em relação aos semi-imputáveis a própria legislação esclarece ao vincular a aplicação de medida de segurança caso haja necessidade de tratamento curativo, a indicar o exame da periculosidade preliminar por meio de constatação e não imposição legal.

Já em relação aos inimputáveis, a aplicação de medida de segurança, seja internação ou tratamento ambulatorial, é consequência do reconhecimento judicial da inimputabilidade, presumindo a lei a periculosidade, uma vez que determina a aplicação da medida de segurança e condiciona a interrupção do tratamento ou a desinternação ao exame de cessação de periculosidade.

Nelson Hungria⁴²⁶, com base na redação original do Código Penal, defendeu que para o efeito da imposição da medida de segurança aos inimputáveis, a lei estabelece uma presunção *juris et de jure* a respeito da periculosidade do agente, pois conceitualmente subordinada, na sua aplicação, ao estado de

⁴²⁵ Ibid.

⁴²⁶ Ibid., p. 23.

periculosidade ou anti-socialidade do delinqüente[...].

Luiz Regis Prado⁴²⁷ sustenta que a periculosidade:

[...] não pode ser meramente presumida, mas plenamente comprovada. Sua aferição implica juízo naturalístico, cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos distintos: o primeiro consiste na comprovação da qualidade sintomática de perigoso (diagnóstico da periculosidade); o segundo, na comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal).

A posição de Regis Prado, portanto, é clara no sentido de que o reconhecimento da periculosidade depende de comprovação e não meramente da afirmação de que o agente se encontra nas condições do artigo 26 do Código Penal. Trata-se, assim, de uma presunção legal relativa.

O legislador, contudo, não criou alternativa, evidenciando que em relação aos crimes praticados por inimputáveis a consequência é a aplicação de medidas de segurança, presumindo-se de forma absoluta a periculosidade. Com efeito, se a medida de segurança não é pena e se não tem natureza repressiva direta, a conclusão é de que a imposição de sua aplicação decorre da presunção legal absoluta de que é perigoso, necessitando de tratamento curativo.

Ney Moura Teles⁴²⁸ se pronuncia nesse sentido, ou seja, “praticado o fato típico e tendo sido o agente considerado inimputável [...] é, necessariamente, perigoso e, por isso, sofrerá a medida de segurança, de internação ou ambulatorial”.

⁴²⁷ *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 528.

⁴²⁸ Op. cit., p. 502.

Vê-se, ainda, que de forma indireta o legislador criou uma espécie de periculosidade atenuada de acordo com a gravidade do crime ao estabelecer que para os crimes apenados com detenção, e só para eles, o juiz poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial. Isto revela a faculdade judicial que formará sua convicção com base na verificação do grau de periculosidade do agente, partindo-se da presunção de que ela existe.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe o entendimento de que a presunção é absoluta:

Tanto a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico quanto o acompanhamento médico-ambulatorial pressupõem, ao lado do fato típico, a periculosidade, ou seja, que o agente possa vir a praticar outro crime. Tratando-se de inimputável, a definição da medida cabível ocorre, em primeiro plano, considerado o aspecto objetivo – a natureza da pena privativa de liberdade prevista para o tipo penal. Se o é de reclusão, impõe-se a internação. Somente na hipótese de detenção é que fica a critério do juiz a estipulação, ou não, da medida menos gravosa – de tratamento ambulatorial. A razão de ser da distinção está na gravidade da figura penal na qual o inimputável esteve envolvido, a nortear o grau de periculosidade”- HC 69.375 – Rel. Marco Aurélio – RT 693-427).

11.7 Crimes hediondos

Na legislação extravagante, a periculosidade do agente e sua presunção legal ou judicial podem ser encontradas na Lei 8.072/90, que criou os chamados crimes hediondos e assemelhados.

No seu artigo 1º. estão relacionados taxativamente quais são os crimes hediondos, fazendo parte da relação os seguintes: homicídio qualificado ou

praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que seja cometido por um só agente; latrocínio; extorsão qualificada pela morte; extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro e sua forma qualificada; atentado violento ao pudor e sua forma qualificada; epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e, por fim, genocídio.

Além destes existem os seguintes crimes assemelhados, descritos no artigo 2º. da referida lei: tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo.

Para tais delitos são impedidos os benefícios da anistia, graça e indulto, fiança e liberdade provisória, sem contar o cumprimento integral da pena em regime fechado (art. 2º.).

A inspiração da lei é proveniente da gravidade dos crimes e presunção de periculosidade do agente, tanto que impediu a progressão de regime para os referidos crimes, só admitindo o livramento condicional depois de cumpridos dois terços da pena e desde que não se trate de reincidência específica.

A jurisprudência do Supremo reconhecia pacificamente a constitucionalidade do regime integral fechado para os praticantes de crimes hediondos e assemelhados, podendo-se citar dentre tantas a decisão proferida no HC 76543/SC, relatado pelo Min. Sidney Sanches. Ocorre que recentemente, em decisão do plenário no HC 69603/RS, relatado pelo Min. Marco Aurélio, reconheceu-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, concedendo-se ao réu o direito de progressão de regime.

Não obstante, a presunção de periculosidade não foi ilidida, uma vez que independente da quantidade da pena aplicada, o condenado tem que começar a cumpri-la no regime fechado.

11.8 A presunção de periculosidade no código de processo penal

Por fim, no âmbito processual penal interessante citar o exame da periculosidade do agente nas disposições relativas à prisão preventiva e liberdade provisória, bem como a prisão decorrente de sentença condenatória.

Manifesta-se o artigo 312 do Código de Processo Penal:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Como requisito para a decretação da prisão preventiva e, por via inversa, para a concessão da liberdade provisória, figura sem dúvida a periculosidade do agente, representada por sua fórmula conhecida: a probabilidade de voltar a delinquir. Desta feita, quando se autoriza a prisão como garantia da ordem pública se está, em outras palavras, reconhecendo que o acusado representa risco (perigo) à ordem pública. Tal conclusão judicial se extrai por meio de presunção baseada em elementos do processo, como gravidade do crime, motivo determinante, pela personalidade do agente, circunstâncias do crime, dentre outros.

Leciona Tourinho Filho⁴²⁹ que ordem pública é a paz, a tranqüilidade no meio social, de modo que quando o agente estiver:

[...] cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública.

Ainda sobre o conceito da expressão “garantia da ordem pública”, Mirabete⁴³⁰ exemplifica dizendo que “a periculosidade do réu tem sido apontada como o fato preponderante para a custódia cautelar”.

Trata-se de medida que atende a necessidade e urgência da providência judicial para evitar o *periculum in mora*, ou seja, o perigo na demora da prestação jurisdicional⁴³¹.

Na jurisprudência da Suprema Corte as decisões são pacíficas no sentido de se analisar a periculosidade do agente como fundamento para a decretação da prisão preventiva.

PRISÃO PREVENTIVA - PERICULOSIDADE - AUSÊNCIA DE LOCALIZAÇÃO APÓS PRÁTICAS DELITUOSAS. A periculosidade do agente respalda a prisão preventiva, no que visa, no caso, à ordem pública e à ordem econômica. Óptica robustecida ante a sucessividade de crimes de roubo e furto de caminhões e cargas e extorsões mediante seqüestro, com a impossibilidade de localização do acusado. HC 85704 / MA – MARANHÃO. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min.MARCOAURÉLIO. Rel. Acórdão. Julgamento: 21/06/2005 - Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 19-08-2005 PP-00047 EMENT VOL-02201-3 PP-00485.

⁴²⁹ Op. cit., p. 490.

⁴³⁰ *Processo penal*, p. 408.

⁴³¹ RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 616.

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RECEPÇÃO DOLOSA DE CARGA ROUBADA. DENÚNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. "HABEAS CORPUS". 1. O Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, justificou, satisfatoriamente, o decreto de prisão preventiva, pois a reiterada prática de recepção dolosa de carga roubada, imputada ao paciente, põe em risco a ordem pública, ao viabilizar e estimular os roubos, em questão, em detrimento da segurança dos transportadores das riquezas do país, assim como dos remetentes e dos destinatários das mercadorias, às vezes em circunstâncias trágicas. 2. Evidenciada, assim, a periculosidade do agente, até melhor esclarecimento dos fatos, não se caracteriza, por ora, o alegado constrangimento ilegal. 3. Recurso ordinário improvido pelo S.T.F. RHC 82516 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator: Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 11/02/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 11-04-2003.

Pelos ensinamentos colacionados, verifica-se que o exame da periculosidade se faz por meio da presunção a cargo do juiz.

Derradeiramente, sobre a ordem de prisão em decorrência da sentença condenatória, diz o artigo 594 do Código de Processo Penal:

“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livra solto.”

Os fundamentos para decretação da prisão, a par da discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo⁴³², são a condenação anterior transitada em julgado ou a reincidência e os maus antecedentes, temas já examinados e que são basilares para se analisar a periculosidade do agente. Não se pode apelar em liberdade, portanto, porque nessas condições sua permanência no seio social representa perigo à ordem pública pela probabilidade de nova perturbação.

⁴³² O Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 09, fixou o seguinte entendimento: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência”.

Mesmo sendo primário e possuindo bons antecedentes, adverte Mirabete⁴³³ que o juiz pode negar a liberdade provisória desde que demonstre base segura para tal decisão:

[...] como reconhecendo que está caracterizada, i.e., a periculosidade do agente e evidenciadas as graves conseqüências do crime ou que exista qualquer das hipóteses que autorizariam a decretação da prisão preventiva.

⁴³³ Op. cit., p. 694.

12 O BEM JURÍDICO E A PRESUNÇÃO NOS CRIMES DE PERIGO

12.1 Bem jurídico-penal

O conceito de bem jurídico é controverso⁴³⁴. Convém que seja lembrado, portanto, que bens da vida, pela clássica definição, referem-se a tudo aquilo que é valioso, que é necessário para o homem.

No ensinamento de Assis Toledo⁴³⁵:

[...] são coisas reais ou objetos ideais dotados de 'valor', isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, 'valem'. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões.

Entre o bem e o ser humano estabelece-se uma relação de aproximação e afastamento que varia de acordo com o seu valor para a satisfação dos anseios do homem. Chama-se este vínculo de interesse.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁴³⁶ esclarece que, numa acepção laica, o "interesse" representa simplesmente a idéia de uma "vantagem", de fruição de uma situação que varia de acordo com o valor do bem a que está vinculado. Já

⁴³⁴ Roberto Podval lembra a dificuldade de se determinar a noção de bem jurídico, de modo que se deve impossibilitar com nitidez e segurança convertê-lo em conceito fechado, infenso a qualquer dúvida (O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, 1998. p. 210).

⁴³⁵ Op. cit., p. 15.

⁴³⁶ *Interesses difusos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 18.

num sentido jurídico, tem seu conteúdo valorativo já prefixado na norma, vale dizer, há um referencial certo previamente inscrito.

A proteção aos bens da vida, portanto, é decorrente da escolha, da eleição que se faz a seu respeito como essenciais em face de seu significado social.

Quando inseridos em normas jurídicas, tornam-se bens jurídicos; e se essas normas são de caráter penal, passam, então, a constituir-se em bens jurídicos penalmente tutelados.

Para Zaffaroni e Pierangeli⁴³⁷, “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Esclarecem referidos autores que, em verdade, o que se protege não é o bem jurídico materialmente considerado, como honra, vida, propriedade, etc., mas sim o direito de dele dispor. Assim, a tutela recai sobre o direito de dispor da honra, da propriedade e não exatamente sobre o bem jurídico em si. Em outras palavras, não se protege a coisa em si mesma, mas a sua relação de disponibilidade.

Noronha⁴³⁸ o define como “bem-interesse protegido pela norma pena”.

⁴³⁷ Op. cit., p. 464.

⁴³⁸ Op. cit., p. 115.

Para Fragoso⁴³⁹:

[...] é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito.

Bem jurídico, conclui, “é um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta na norma”⁴⁴⁰.

Sobre bens jurídicos penais, Assis Toledo⁴⁴¹, em complementação, diz que “são valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

Na doutrina estrangeira, Santiago Mir Puig⁴⁴², diferenciando a concepção político-criminal da dogmática, diz que para a primeira (*de lege ferenda*), bem jurídico são os interesses sociais que por sua importância merecem proteção pelo Direito Penal, em contraposição, sobretudo, a valores somente morais⁴⁴³. Enquanto que para a segunda, *de lege lata*, trata-se do objetivo efetivamente protegido pela norma penal vulnerada, ou seja, o objeto de tutela jurídica, como a vida, honra, administração da justiça, etc. Ambos, contudo, podem estar próximos, porque todo Código Penal supõe a realização

⁴³⁹ Op. cit., p. 277/278.

⁴⁴⁰ Ibid., mesma página.

⁴⁴¹ Op. cit., p. 16.

⁴⁴² Op. cit., p. 134/135.

⁴⁴³ Roxin ensina que as meras imoralidades não lesionam nenhum bem jurídico e por isso não devem ser punidas. Por exemplo, a punição de relações homossexuais e outras consideradas imorais, mantidas entre adultos. A punição é nociva para a capacidade funcional do sistema social por criar conflitos sociais desnecessários ao estigmatizar as pessoas socialmente integradas (*Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 57).

de um determinado programa político-criminal, que conta entre seus pontos básicos com a determinação daqueles bens jurídicos que devem ser protegidos sob ameaça de pena.

Bettioli⁴⁴⁴ assevera que bem jurídico “é a posse ou a vida, isto é, o valor que a norma jurídica tutela, valor que jamais pode ser considerado como algo de material, embora encontrando na matéria o seu ponto de referência”.

Não obstante, assim, a variedade de conceitos, destacam-se eles, em comum, pela colocação do bem jurídico como base do tipo do injusto num enfoque material, constituindo-se no “ente” material ou imaterial que a ordem jurídica tutela, sob ameaça de sanção, como reconhecimento de sua importância para a coexistência humana.

12.1.1 *Teorias sociológicas e constitucionais*

Inúmeras foram as concepções de cunho sociológico que apareceram para explicar o bem jurídico, umas procurando destacar a sua dimensão no sistema penal ou a sua função crítica, transcendental ao sistema penal; outras o seu sentido funcionalista na sociedade, compreendida como um sistema global; algumas atribuindo-lhe valoração subjetiva influenciada por variantes de cunho social e cultural, afastando sua importância objetiva dentro do contexto social, ou,

⁴⁴⁴ Op. cit., p. 229/231.

ainda, entendendo-o como a relação real de um sujeito com um objeto, cuja serventia era o desenvolvimento de sua personalidade.

Knut Amelung⁴⁴⁵ tentou re-elaborar o conceito de bem jurídico, com o auxílio da moderna teoria sociológica, propondo a doutrina da danosidade social de ascendência iluminística, cujo principal argumento se relacionava ao descuido do conceito de dano social de se levar em conta justamente o impacto do delito sobre as condições organizativas da vida em comum, de modo que a noção de bem jurídico não pode prescindir de um critério de nocividade social.

A crítica que se fez foi no sentido de que a definição do delito como fenômeno que obstaculizava o funcionamento do sistema social servia para indicar concretamente o que legislador deveria punir. Sem contar que uma perspectiva meramente sociológica não estava apta a sugerir parâmetros de criminalização vinculantes em sede legislativa.

Hassemer⁴⁴⁶ por sua vez, desenvolve o entendimento de que os instrumentos de que se vale a sociedade para reprimir os comportamentos intoleráveis devem estar subordinados a uma valoração que a sociedade faz a respeito dos objetos lesados ou colocados em risco pelo comportamento anti-social. Essa valoração dependeria de três fatores, todos de base sociológica: 1) frequência da conduta criminosa de que se cuida; 2) intensidade da necessidade de preservar o objeto merecedor de pena; 3) intensidade de ameaça dirigida contra ele. Na análise

⁴⁴⁵ *Recensione ad Amelung*. ZSTW, 1975, p. 156/157 apud FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 776, p. 424, jun. 2000.

⁴⁴⁶ *Theorie und sociologie des Verbrechen*, 1973 apud *Ibid.*, p. 425.

de tais fatores não importa a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas sim a sua valoração subjetiva, percebida em função do contexto cultural, social e histórico.

Várias outras existiram, porém, como alertou Regis Prado⁴⁴⁷, nenhuma delas:

[...] conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que é que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, porque uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e outros não.

Já em relação às teorias constitucionais, duas correntes se formaram: 1) as teorias de caráter geral; 2) as teorias de fundamento constitucional restrito. Ambas procuram estabelecer parâmetros orientadores ao legislador ordinário no momento de selecionarem os bens jurídicos tuteláveis penalmente e que devem ter como paradigma o texto maior.

Para os adeptos da primeira, a Constituição funciona como parâmetro genérico na estipulação dos bens jurídicos, buscando-se a sua base em princípios ou regras fundamentais, como dignidade da pessoa humana, a orientação social e democrática do Estado de Direito e seus corolários.

Nesse contexto, as normas penais são informadas pela orientação constitucional social e democrática, estabelecendo como bens tuteláveis aqueles cuja ofensa atinge o homem e a sociedade de maneira grave, o meio ambiente, por exemplo, não se prescindindo de critérios resultantes do modelo democrático do

⁴⁴⁷ Bem jurídico-penal e constituição. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37/40.

Estado de Direito, como os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade, legalidade, especialidade, ofensividade, dentre vários.

Sustenta H. J. Rudolphi⁴⁴⁸ que a concretização do bem jurídico como juízo de valor do ordenamento positivo deve levar em conta os condicionamentos seguintes: 1) que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas que para o Direito Penal são deduzidas da Constituição; 2) que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para serem desenvolvidas as condições e funções em que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional; 3) que um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido não significa já a sua legitimação; é necessário, ainda, que seja protegido, diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.

Para o segundo, a orientação deve decorrer de previsões específicas da Constituição, vale dizer, a escolha do bem jurídico deve inspirar-se em regras mais específicas e diretas, explícitas ou não; limitando os espaços interpretativos do legislador infraconstitucional, impondo-lhe um verdadeiro catálogo de bens a serem protegidos.

Essas cláusulas de criminalização revelam, portanto, o propósito do legislador constituinte em estabelecer a primazia de proteção em relação a determinados bens jurídicos que ele mesmo entendeu como importantes e

⁴⁴⁸ *Systematischer kommentar zum StGB*, t.1, p. 02/05 apud *Ibid.*, p. 53.

necessários à coexistência digna e pacífica do ser humano, e que devem, em decorrência, orientar o legislador ordinário como vertentes expressas ou por meio de interpretação, tendo-as como paradigma.

No entanto, não significa exatamente uma imposição absoluta, como lembra Mir Puig⁴⁴⁹, pois o “reconhecimento de bens jurídicos e direitos que se efetua na Constituição tem, antes de tudo, por objetivo fixá-los como limites que os poderes públicos devem respeitar”, constituindo-se o catálogo apenas no parâmetro de barreiras, mas não uma regra em si mesma. Não é menos verdade, todavia, que tanto mais específica a orientação constitucional, menores são os limites interpretativos do legislador infraconstitucional.

Necessário atentar, ainda, para o fato de que a Constituição – não obstante constituir-se em norma maior orientadora do legislador ordinário – tem a característica de pouquíssima flexibilização, de modo que não acompanha com a mesma velocidade as mutações sociais, base da valoração dos bens necessitados de tutela jurídica e penal. Desta feita, o entendimento restrito pode eventualmente representar empecilho à proteção de determinados bens jurídicos.

Daí a conclusão tirada por Prado⁴⁵⁰ segundo a qual a conjugação de concepções é que permite conferir proteção penal aos bens jurídicos mais relevantes, no âmbito do Estado de Direito social e democrático, tendo-se como

⁴⁴⁹ *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 163/164 apud PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 66.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 76.

base a noção material-constitucional de bem jurídico⁴⁵¹, amparada no respeito aos direitos fundamentais.

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal, com ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.

Verificadas sucintamente ambas as correntes, verifica-se que em relação ao meio ambiente a Constituição brasileira, no artigo 225, § 3º, adotou o critério da expressa menção do bem jurídico merecedor de tutela, vez que determina a punição penal aos atos e atividades lesivas ao meio ambiente. Além disso, sem fazer restrições de amplitude deste, coloca-o, portanto, como merecedor de proteção penal nas suas variadas formas.

12.1.2 *Funções do bem jurídico*

O Direito Penal moderno tem por objetivo primordial garantir a coexistência humana tutelando os bens jurídicos fundamentais. É a necessária segurança jurídica de que depende o ser humano para viver em harmonia com os seus iguais, visto que na relação interesse-bem inúmeros conflitos são gerados, de

⁴⁵¹ “A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor. Esta circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico” (Ibid., p. 76).

modo que, em se tratando daqueles mais relevantes, de maior valor, é por meio da norma jurídico-penal que se presta tutela.

Vê-se, assim, que o bem jurídico desempenha papel fundamental nessa tarefa de prestação de segurança jurídica, dado que em sua consideração a norma é estruturada, isto é, o tipo penal concretiza a tutela de um bem cujo valor no âmbito social já estava definido.

Sendo, assim, base do tipo penal do injusto, o bem jurídico tem algumas funções claras.

A primeira delas é a garantidora. Nesse sentido, o bem jurídico, que é a base de inspiração e validade do tipo legal do injusto, tem a função de limitar a sua *dimensão material*⁴⁵², vale dizer, partindo-se da premissa de que o Direito Penal é fragmentário, porque só protege os bens mais relevantes. Então, a função de garantia significa justamente o estabelecimento desses limites, ou, em outras palavras, a indicação para o legislador de quais são os bens que efetivamente podem ser protegidos penalmente.

Outra importante função é a teleológica, que justifica a razão da existência do próprio tipo, como seu fundamento de validade, *pois dá sentido à proibição manifestada do tipo e o limita*⁴⁵³. Como base de inspiração do tipo, é um importante instrumento de interpretação.

⁴⁵² Ibid., p. 48.

⁴⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 469.

Também tem o bem jurídico a finalidade individualizadora. Poder-se-ia dizer que tal função está compreendida na de garantia, já que parte também da análise axiológica do bem. Entretanto, destaca-se pela sua especificidade como critério para delimitação da pena abstrata, e não do tipo, em consideração à gravidade da lesão ou ofensa ao bem jurídico⁴⁵⁴.

Por fim, a função sistemática, que alguns doutrinadores agrupam junto à teleológica⁴⁵⁵, pois relacionada com a interpretação da norma, tem a função de classificar os tipos penais na parte especial do Código Penal, segundo a sua estruturação, ou seja, de acordo com o bem-jurídico protegido.

Em suma, o bem jurídico-penal aparece, pela conjugação dessas funções, como balisa para o legislador, no momento de produção da norma, e para o seu aplicador, por ocasião de sua interpretação e imposição.

12.2 Conceito de perigo

Para analisar o conceito de perigo importante fixar o que se entende por dano, o seu oposto. De acordo com Fragoso⁴⁵⁶, “o dano é a alteração prejudicial de um bem: a destruição ou a diminuição de um bem; o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico”. Perigo, de outro lado, é a probabilidade de dano.

⁴⁵⁴ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Op. cit., p. 64.

⁴⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 469.

⁴⁵⁶ Op. cit., p. 206.

Duas concepções sobre o conceito de perigo existem. Uma subjetiva, no sentido de que o perigo não tem existência concreta, não passando de obra da imaginação e da incapacidade de conhecer todas as causas e condições dos fenômenos. Assim, não existiriam acontecimentos perigosos, mas tão-somente necessários. De outro lado, a teoria objetiva, que enxerga no perigo um dado objetivo, baseado na possibilidade de superveniência de dano⁴⁵⁷.

O debate, contudo, está ultrapassado, alerta o mestre, pois a doutrina reconhece que o perigo é constituído por um elemento objetivo e por um elemento subjetivo.

Objetivamente, constitui o perigo o conjunto de circunstâncias e condições em que se verifica o fato de que pode surgir o dano; subjetivamente, integra-o ao juízo sobre o perigo, ou seja, o juízo que estabelece, com base na experiência, a probabilidade de superveniência de um dano.⁴⁵⁸

O perigo, arremata, “é, assim, uma realidade e uma abstração. O juízo deve ser feito de acordo com a chamada prognose póstuma, avaliando o sujeito ex ante as possibilidades do resultado temido”⁴⁵⁹.

O perigo, em resumo, é a mera probabilidade de dano. Trata-se de um fenômeno que tem aptidão para causar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse jurídico.

⁴⁵⁷ O perigo seria um trecho da realidade, com existência fundada na experiência comum, sem contar que não existem apenas fenômenos necessário ou não necessário, mas também os prováveis ou possíveis, tendo em vista uma potencialidade causal de seus antecedentes, com base na experiência do que realmente sucede (Ibid., mesma página).

⁴⁵⁸ Ibid., mesma página.

⁴⁵⁹ Ibid., p. 207.

12.3 O conceito de crime de perigo

Transportando esse conhecimento para o âmbito penal, o legislador elegeu determinados bens jurídicos e criou abstratamente condutas criminosas pelo simples fato de colocá-los em perigo, dada a necessidade de protegê-los antecipadamente, mesmo antes da ocorrência do efetivo dano.

Assim, o conceito de perigo assume no Direito Penal singular relevância. Em todo o capítulo dos chamados crimes de perigo, “a defesa da ordem jurídica, por assim dizer, antecipa-se; punem-se atos que não lesam, mas expõem a uma situação de perigo bens juridicamente protegidos”⁴⁶⁰.

Paulo José Costa Júnior⁴⁶¹, sobre o assunto leciona que

Se verifica o crime de perigo sempre que lei transfira o momento consumativo do crime da ‘lesão’ para aquele da ‘ameaça’, aperfeiçoando-se o crime no instante em que o bem tutelado encontra-se numa condição objetiva possível ou provável lesão. Obtém-se dessa forma a confortadora perspectiva de avançar a fronteira protetora de bens e valores, merecedores de especial tutela. De um ponto de vista político criminal, portanto, recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente finalidades de repressão e prevenção.

Os “crimes de perigo”, segundo Manoel Pedro Pimentel⁴⁶², assumem as formas de delitos da mera conduta ou de crimes formais – o resultado de dano é estranho à figura típica, pois a exposição do bem ou interesse a perigo

⁴⁶⁰ QUEIROZ FILHO, Antônio de. Relações entre o direito penal e o civil. *Justitia*, São Paulo, ano 11, v. 20, p. 56, jan./mar. 1958.

⁴⁶¹ *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 74.

⁴⁶² A figura do assistente do Ministério Público no direito processual penal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, ano 37, v. 88, p. 17, jan./mar. 1975.

consuma o crime, sendo o resultado de dano um *plus*, uma conseqüência do crime, mas o prejudicado não é sujeito passivo de infração.

A ofensa atua através da violação da norma que impõe a obrigação de fazer ou de não fazer correspondente, ou seja, com o realizar-se de um ilícito. O resultado lesivo, que pode ser a lesão efetiva do bem ou do interesse, ou a sua simples ameaça, é o conteúdo material da ofensa. Constata-se, assim, conclui Pimentel⁴⁶³.

[...] que há crimes em que a ofensa não consiste em um 'resultado lesivo', não havendo 'dano' a considerar, relativamente à materialidade do delito, sob o aspecto de integração da figura típica penal. Nessa categoria incluem-se, obviamente, os 'crimes de perigo comum'.

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Junior⁴⁶⁴ confidenciou que Manoel Pedro Pimentel⁴⁶⁵ era entusiasta da prevenção e preconizava deveria o Direito Penal alcançar mais as condutas por si reveladoras de perigo, porque "determinadas formas de comportamento indicam claramente a proximidade de um crime".

Com a frase – inspirada na construção doutrinária do crime progressivo – o saudoso mestre deixou claro que se há de cortar rente o crime *minus* da base para se cercear o crime *majus*, que poderá ser até a morte de alguém⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Ibid., mesma página.

⁴⁶⁴ Do dolo de perigo à culpa consciente. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 35, p. 04, nov. 1995.

⁴⁶⁵ *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 132.

⁴⁶⁶ CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Op. cit., p. 04.

Pietro Nuvolone⁴⁶⁷ colocou em relevo a discussão sobre o objeto jurídico dos crimes de perigo. Não há dúvida, diz ele, que de um ponto de vista lógico, vislumbra-se uma antítese entre lesão de um interesse-dano e colocação em perigo do interesse. Porém, isto não exclui que o interesse substancial constitua igualmente o objeto jurídico dos crimes de perigo, pois em determinadas situações e por pré-constituir uma defesa mais avançada, o legislador considera que o interesse seja lesado, ainda quando o sujeito passivo não se veja privado do bem relativo, mas logo que o bem seja colocado em perigo.

O legislador, portanto:

[...] antecipou a entrada da punibilidade, por entender que o interesse na conservação do bem implica numa tutela também contra a colocação em perigo do bem protegido. Sob este aspecto, portanto, o evento consiste sempre na lesão não só de diversas entidades, mas de interesses, nos quais as lesões não equivalem a dano, mas sim a colocação em perigo, que constituem, por sua vez, o evento do crime. E aqueles interesses são ainda, portanto, o objeto jurídico do crime.⁴⁶⁸

Detalhe importante de se destacar, conforme observa Fragoso⁴⁶⁹ é que os conceitos de dano e perigo não são puramente naturalísticos, uma vez que, para saber se o crime é de dano ou perigo, é necessário, por meio da interpretação, partir de um enquadramento normativo, indagando-se, em primeiro lugar, qual o objeto da tutela jurídica. Num segundo momento, basta considerar se a realização da conduta típica (não o conhecimento em concreto) representa dano ou perigo ou se deixa o bem inalterado.

⁴⁶⁷ Ciência e técnica do novo código penal brasileiro. O objeto do crime. Problemas de ciência, de técnica e de política legislativa. Tradução de Marcelo Fortes Barbosa. *Justitia*, São Paulo, ano 36, v. 86, p. 70, jul./set. 1974.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁶⁹ *Op. cit.*, p. 207.

De fato, o crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) protege a vida humana e a conduta típica é matar alguém, demandando, portanto, a ocorrência de dano. Já o crime de periclitção da vida (artigo 132 do Código Penal), que também tutela a vida humana, a incolumidade pessoal e a saúde, caracteriza-se por meio de simples atos de exposição a perigo direto e iminente desses bens, punindo-se a conduta antes de qualquer ofensa efetiva. Faz-se necessário, contudo, que seja demonstrada concretamente a exposição e o perigo, que por isso denomina-se crime de perigo concreto, ao contrário dos crimes de perigo abstrato ou presumido, como a rixa (artigo 137 do Código Penal), cuja tutela jurídica é a incolumidade pessoal, em que nenhum dano ou perigo traz ao bem jurídico protegido.

A construção do tipo de perigo, assim, exige o elemento normativo em decorrência justamente de se tratar, de um lado, de uma probabilidade e, de outro, de se eleger qual bem jurídico depende de proteção antecipada e em que padrão de comprovação.

O legislador, logo, define quais bens jurídicos devem ser protegidos antecipadamente pela sua significância, e mais, estabelece na formatação típica da conduta criminosa, o grau de probabilidade de ofensa ao bem protegido. Tanto que, para algumas figuras exige que a conduta tenha proximidade de efetiva lesão, expondo concretamente o bem em perigo. Em outras, porque entende ser mais gravoso o comportamento humano, já prevê abstratamente o perigo ao bem jurídico tutelado, presumindo-o, então, no bojo da própria descrição típica, fazendo tão somente menção à conduta, independente de qualquer demonstração de perigo

real. No primeiro caso têm-se os chamados crimes de perigo concreto e no segundo os crimes de perigo abstrato.

Já se mencionou a respeito das teorias para justificar o perigo, sendo absolutamente verdadeira a incapacidade do ser humano de conhecer todas as leis da probabilidade, até porque, na ocorrência de um fato lesivo, ao lado dos fatores necessários – cujo conhecimento, pela experiência, é facilitado – existem também os aleatórios, que dificultam a formação do raciocínio a respeito⁴⁷⁰.

Destaca-se, assim, nesse contexto, o emprego da presunção na verificação da conduta perigosa, pois como apontou Fragoso⁴⁷¹, faz-se um juízo baseado na experiência e nas circunstâncias e condições em que se situa o fato desconhecido, no caso, o perigo.

Os casos de perigo abstrato ou concreto não escapam do raciocínio presuntivo, pois no primeiro, o próprio legislador o realiza e define a natureza da presunção como absoluta. Enquanto que para os segundos, pois dependem igualmente de exame de probabilidade, mas realizado pelo julgador, o que se tem é a presunção *hominis*, não a eliminando e nem havendo a demonstração da exposição concreta a perigo, justamente porque este depende, na sua apuração, do raciocínio dedutivo do indivíduo a partir de sua experiência.

⁴⁷⁰ Daí a impossibilidade, argumenta Renato de Mello Jorge Silveira, “de determinação do grau probabilístico *in abstrato*, já que o perigo não surge *ex espontâneo*, mas, sim, como uma decorrência lógica de diversos fatores” (*Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 112).

⁴⁷¹ Op. cit.

Esse juízo de probabilidade decorre de um silogismo em que a premissa maior é representada por aquilo que é comum acontecer e que integra a máxima da experiência – arma é instrumento ofensivo e gera perigo à segurança alheia e própria. Já a premissa menor é representada pelo caso concreto, qual seja, agente porta arma de fogo, donde se concluiu que o agente está colocando em perigo a segurança alheia ou a sua própria.

Com base em tal raciocínio, o legislador cria o crime de porte ilegal de arma de fogo, punindo o agente pela mera conduta de possuir ou portar, baseado na experiência de que nesses casos há grave risco à segurança dos cidadãos e que, portanto, a tutela pela deve ser antecipada.

A relação dos crimes de perigo, especialmente o abstrato, porque determinado pelo legislador com a presunção, é de absoluta dependência; uma vez que a conduta em si, por não provocar dano, só é entendida como perigosa por meio de um juízo de probabilidade inerente ao raciocínio presuntivo, inspirado nas máximas da experiência.

Ressalta, assim, Renato de Mello Jorge Silveira⁴⁷² a tarefa ingrata do legislador ao criar os tipos de perigo, pois terá que se amparar nas leis estatísticas e não poderá pretender punição para situações sabidamente inidôneas para a produção de resultado lesivo. Além disso, os parâmetros delimitados, seja em

⁴⁷² Op. cit., p. 114.

leis da natureza ou experiência, não encontram sede segura na apreciação do homem médio.

12.4 O elemento subjetivo no crime de perigo

O dolo, como regra, é o elemento subjetivo nos crimes de perigo. Diversamente do que se dá nos crimes de dano, em que o agente quer o resultado lesivo ou assume o risco de produzi-lo, como no homicídio, ao almejar do sujeito a morte ou assumindo o risco de produzi-la. Nos crimes de perigo o agente não quer o dano e nem assume o risco de produzi-lo, desejando ou admitindo, ao revés, o risco de produzir um resultado perigoso. O resultado, no caso, é normativo e se constituiu no próprio perigo, seja concreto ou abstrato.

O agente, como ensina Damásio⁴⁷³:

[...] quer ou assume o risco de expor o bem jurídico a perigo de dano (dolo de perigo direto e dolo eventual de perigo) [...]. Enquanto no dolo de dano o elemento subjetivo se refere ao dano, no dolo de perigo se dirige ao perigo.

⁴⁷³ Op. cit., p. 293.

Para Rui Carlos Pereira⁴⁷⁴, no dolo de perigo:

[...] o agente prevê, aceita e atua em favor do implemento do perigo, mas sem desejar o dano, contudo não deixa de agir, ou seja, basta que o agente tenha consciência do perigo e não se abstenha de sua conduta, sabendo ser impossível levá-la a efeito sem impor o perigo.

O dolo de perigo, todavia, embora próximo o raciocínio⁴⁷⁵, não se confunde com o dolo eventual nos crimes de dano, não obstante a discordância de Basileu Garcia⁴⁷⁶. Isto pois no primeiro a intenção do agente está centralizada na colocação do bem jurídico em perigo, sendo esta a sua meta, enquanto que no segundo, além de não existir o desejo de lesionar o bem (sequer de provocar o perigo), a assunção do risco é de dano e não de mero perigo, porque é transcendente a este.

Também não se confunde o dolo de perigo com a própria culpa, valendo-se salientar que alguns crimes de perigo também possuem a forma culposa e podendo-se citar os crimes de incêndio (artigo 250, § 2º. do Código Penal) e desabamento (artigo 256, parágrafo único).

⁴⁷⁴ *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex, 1995, p. 134 apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 64.

⁴⁷⁵ Nos dois, afirma Renato de Mello Jorge, é presente a situação do agente conhecer o perigo idôneo para afetar um bem jurídico protegido, distanciando-se, todavia, “quando ocorre uma análise do domínio do risco por parte do agente. Assim, quando em caso de perigo concreto, o risco estiver fora do âmbito de domínio do autor, presente será o dolo de perigo. Noutros, dar-se-á situação contraposta: ter-se-á clarificado o dolo eventual” (Op. cit., p. 119).

⁴⁷⁶ “Consideramos o chamado dolo de perigo substancialmente idêntico ao dolo eventual. Como existe, ao lado dos delitos de dano, a categoria dos delitos de perigo, fala-se, simetricamente, em dolo de dano, para os primeiros, e em dolo de perigo, para os segundos. O dolo de perigo consiste, pois, em querer, explícita ou implicitamente, o perigo previsto na lei penal. Mas querê-lo equivale assumir o risco de produzir o dano, aquiescer a este” (Op. cit., p. 256).

A raciocínio não se difere, e com muito mais clareza, já que nos crimes culposos o resultado não é querido e nem há a assunção risco, de modo que a inobservância do cuidado objetivo que gera a conduta culposa não se equivale ao querer gerar o perigo, pois dele está afastado pela inexistência de vontade.

12.5 Classificação dos crimes de perigo

12.5.1 *Crime de perigo concreto*

Bustos Ramírez⁴⁷⁷ leciona que são delitos de perigo concreto:

[...] aqueles em que a probabilidade da lesão concreta implica de algum modo uma comoção para o bem jurídico, é dizer, que temporal e espacialmente o bem jurídico provavelmente afetado esteve em relação imediata com a colocação em perigo; isto tem importância desde o ponto de vista processual-penal, pois é necessário então provar que um bem jurídico foi posto em perigo, que houve uma relação entre o comportamento típico do sujeito e o bem jurídico.

Para Fragoso⁴⁷⁸, tratar-se-á de crime de perigo concreto quando “a realização da conduta típica traz consigo real probabilidade de dano, de cuja verificação depende a existência do crime”.

⁴⁷⁷ *Manual de Derecho Penal Español: parte general*. Ariel Derecho, p. 191 apud CALLEGARI, André Luís. Delitos de perigo concreto no código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 76, p. 07/08, mar. 1999.

⁴⁷⁸ Op. cit., p. 207.

No mesmo sentido a doutrina estrangeira, com Claus Roxin⁴⁷⁹, segundo o qual delitos de perigo concreto ocorrem quando *“la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual, o sea que, si no se produce el resultado, sea sólo por causalidad”*.

Como regra nos crimes de perigo concreto, a descrição típica traz expressamente a menção ao perigo⁴⁸⁰, ou seja, figura como elementar expressa. Nessa espécie a perquirição da real probabilidade de ocorrência do dano é imprescindível, pois caso contrário haverá uma hipótese de ausência de materialidade do crime, afastando-se a punição penal da conduta. Isso porque o perigo é elemento normativo do tipo, integrando a conduta, necessitando de demonstração no caso concreto.

Nos crimes de perigo concreto se pressupõe a afirmação do perigo no caso concreto *a posteriori*, diversamente dos crimes de perigo abstrato, que são *a priori*, pois definidos desde logo pelo legislador.

Exemplo pedagógico desses crimes, sem dúvida, trata-se do artigo 132 do Código Penal a respeito da conduta geradora de perigo para a vida ou saúde de outrem, com a seguinte redação: “Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”.

⁴⁷⁹ Op. cit., p. 336.

⁴⁸⁰ Em certos casos, afirma Ângelo Roberto Ilha, “mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto” (Op. cit., p. 71).

É de se verificar que o perigo figura no tipo penal como elementar e que exige a sua demonstração no caso concreto.

Interessante igualmente citar os crimes de perigo inscritos no atual Código Brasileiro de Trânsito, Lei 9.503/97, criados todos na forma de perigo concreto. Basta lembrar da embriaguez ao volante (art. 306) e da direção sem habilitação (art. 309), ambos exigindo para a sua caracterização a comprovação da exposição da incolumidade pública a dano potencial, o que não existia quando ainda tais condutas figuravam como contravenções penais, nos artigos 32 e 34 do Dec-Lei 3.688/41, presumidos como perigo de forma absoluta.

12.5.2 *Crime de perigo abstrato*

Nos delitos de perigo abstrato, presume-se *ipso iure* o perigo para o bem jurídico, não havendo possibilidade de prova em contrário, bastando, portanto, a comprovação da realização do comportamento típico.

Como diz Claus Roxin⁴⁸¹ *“la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”*.

⁴⁸¹ Op. cit., p. 336.

O legislador, ao tipificar o perigo abstrato, parte de uma determinada conduta considerada, por si só, como lesiva ou potencialmente perigosa e a descreve na norma penal como conduta criminosa – por isso não figura como elementar a menção ao perigo.

Adotado pelo tipo penal o perigo abstrato, o juiz não deve nada valorar, além do meio através do qual atua a ameaça, não se fazendo necessário o exame da lesão, ou ameaça de lesão ao bem tutelar.

Na técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato, deve-se atentar, segundo Ângelo Roberto Ilha⁴⁸²:

[...] a uma necessidade decorrente da natureza das coisas, ou seja, as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si.

Exemplos clássicos desses crimes são os previstos nos artigos 12 e 16 da Lei 6.368/76, em que a simples posse, guarda, etc, de substância entorpecente já caracteriza o crime em função de se presumir o perigo de forma absoluta para o bem jurídico protegido, no caso a saúde pública.

⁴⁸² Op. cit., p. 73.

[...] O delito em exame é de perigo abstrato para a saúde pública, caracterizando-se, portanto, com a aquisição, guarda ou posse, para uso próprio, de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a autorização legal ou regulamentar, fazendo-se irrelevante que seja pequena a quantidade de entorpecente”. Precedentes citados: RHC 11.122-RS, DJ 20/8/2001; RHC 9.483-SP, DJ 4/9/2000; HC 10.871-MG, DJ 17/4/2000; HC 16.913-RS, DJ 5/11/2001, e REsp 212.959-MG, DJ 28/5/200 1. HC 23.969-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalho, julgado em 9/9/2003.

O mesmo raciocínio deve ser empregado no caso de porte ou posse ilegal de arma de fogo, em que o perigo é presumido e de forma absoluta, pois o legislador descreve simplesmente a conduta e a admite (presume legalmente) como perigosa à segurança das pessoas.

JURISPRUDÊNCIA: PENAL. ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. CONFIGURAÇÃO DO CRIME. PERIGO ABSTRATO. STJ - HABEAS CORPUS Nº 17.221 - SP (2001/0077767-7) (DJU 07.10.02, SEÇÃO 1, P. 301, J. 20.08.02). RELATOR: MINISTRO VICENTE LEAL. O habeas corpus, ação constitucional destinada a assegurar o direito de locomoção em face de ilegalidade ou abuso de poder, não se presta para desconstituir decisão condenatória fundada em judicioso exame de provas, pois o estudo do fato não se compadece com o rito especial do remédio heróico. A circunstância única de se encontrar arma apreendida desmuniada não descaracteriza o crime previsto no art. 10 da Lei 9437/97, pois para a configuração do delito entende-se como suficiente tão-somente o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com a determinação legal.

Fala-se também na doutrina de uma espécie de perigo abstrato com presunção *juris tantum*. Embora, portanto, descrito na forma de perigo abstrato, admitir-se-ia a prova em contrário, uma vez que em determinados casos o bem jurídico tutelado não se mostra ameaçado.

Essa tese encontra receptividade ao menos na 6ª. Câmara do Superior Tribunal de Justiça e, em algumas Cortes Estaduais, no que tange à Lei de Tóxico, pois se reconhece a atipicidade de conduta nos casos de apreensão de

ínfima quantidade de entorpecente sob o fundamento de que não gera potencialidade lesiva.

Recurso especial – Penal – Entorpecente – Quantidade ínfima – Atipicidade – O crime, além da conduta, reclama resultado – no sentido de provocar dano, ou perigo ao bem jurídico. O tráfico e o uso de entorpecente são definidos como delito porque acarretam, pelo menos, perigo, para a sociedade, ou ao usuário. A quantidade ínfima, descrita na denúncia, não projeta o perigo reclamado (6^a. T., Resp 154.840-PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j.18.11.1997).

Nem nessas decisões a presunção é descaracterizada, porque aí em verdade, comungando com o pensamento de Ângelo Roberto Ilha⁴⁸³, o que ocorre é o reconhecimento do crime impossível por absoluta impropriedade do objeto. Não se tratando, portanto, de hipótese de perigo abstrato com presunção *juris tantum*.

Entendimento interessante e que está afeto ao mesmo tema trata-se do reconhecimento de atipicidade da conduta no caso de arma desmuniçada, posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

PORTE CONSIGO DE ARMA DE FOGO, NO ENTANTO, DESMUNICIADA E SEM QUE O AGENTE TIVESSE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS, A PRONTA DISPONIBILIDADE DE MUNIÇÃO: INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DA LEI Nº 9437/97: ATIPICIDADE DO FATO. 'Para a teoria moderna — que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso — o cuidar-se de crime de mera conduta — no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação — não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de CRIMES DE PERIGO abstrato ou presumido: basta, por

⁴⁸³ Ibid., p. 77.

ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça — pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos — da faca à pedra e ao caco de vidro —, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal — isto é, como artefato idôneo a produzir disparo — e, por isso, não se realiza a figura típica'. (RHC nº 81.057/SP, 1ª Turma, rel. min. Ellen Gracie, rel. acórdão min. Sepúlveda Pertence, j. 25.05.04, v.u., DJU 29.04.05)

Tem-se uma vez mais, na verdade, a atipicidade porque o crime é impossível em função da absoluta impropriedade do objeto, conforme fundamento reconhecido na decisão, já que, sem munição, a arma não tem aptidão para provocar as consequências de sua destinação, ou seja, produzir lesão ou ameaça de lesão por meio de disparo.

Por fim, admite Ângelo Roberto Ilha⁴⁸⁴, em seu excelente trabalho já referenciado, que, embora nos crimes de perigo abstrato este esteja ínsito na conduta, há possibilidade de presunção *juris tantum* quando o legislador, de forma equivocada, empreende uma tipificação sem atender ao bom senso e à natureza da ação. Criando-se, assim, um modelo de perigo abstrato de forma artificial, ou seja, em situações nas quais o perigo não é, no plano da realidade, inerente à conduta. Desse modo, o delito mais se ajustaria à hipótese de perigo concreto.

⁴⁸⁴ Ibid., mesma página.

12.5.3 *Crime de perigo comum*

Crime de perigo comum ou coletivo é aquele que expõe a danos interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas. Nesse rol estão os crimes contra a incolumidade pública, que não se integram com um evento lesivo, resultando o dano de todo indiferente para a existência mesma do crime. O resultado de dano é estranho ao conceito jurídico de tais infrações, considerando-se ofensa a simples colocação em perigo de um bem ou interesse da coletividade. O dano efetivamente causado por esses delitos é um *plus*, podendo funcionar como causa de aumento de pena.

Leciona Celso Delmanto⁴⁸⁵, em relação à incolumidade pública, que é o perigo coletivo que assinala tais infrações, chamadas de crimes de perigo comum pelos alemães, uma vez que, podendo se propagar a indeterminado número de pessoas, elas ultrapassam o mal ou a ameaça sofridas pelo simples particular, embora este também seja por elas ofendido.

As infrações penais referentes à incolumidade pública são, assim, pluri-ofensivas, pois, embora tutelem, em primeiro plano, o interesse comum da coletividade, também amparam o dos particulares efetivamente prejudicados ou colocados em situação de perigo por tais ações.⁴⁸⁶

No Código Penal estão inseridos no Capítulo I do Título VIII da Parte Especial, exemplo clássico o crime de incêndio (art. 250).

⁴⁸⁵ Poluição do ar e direito penal. *Justitia*, São Paulo, ano 41, v. 107, p. 125, out./dez. 1979.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, mesma página.

12.5.4 *Crime de perigo individual*

É o que expõe ao risco de dano o interesse de uma só pessoa ou de um limitado número de pessoas. São todos os crimes que têm como bem jurídico a incolumidade individual, como os descritos no Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal, que versam sobre a “Periclitção da vida e da saúde”, sendo exemplos o crime exposição a contágio venéreo (art. 130) e de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132).

12.6 **A presunção de perigo e sua conformação constitucional**

Damásio E. de Jesus⁴⁸⁷ afirma que "não são admissíveis delitos de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação". Argumenta que a moderna doutrina concernente ao perigo abstrato o repudia, tendo em vista que viola o princípio da culpabilidade, já que o agente não tem como provar que a conduta foi inócua.

Igualmente, Luiz Flávio Gomes⁴⁸⁸ alerta para a inconstitucionalidade do tipo de perigo abstrato, "por violar o princípio da ofensividade, que conta com

⁴⁸⁷ *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 05.

⁴⁸⁸ Código de trânsito brasileiro: CTB/Primeiras notas interpretativas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 61, dez. 1997, p. 04.

assento constitucional indiscutível", já que impõe a condenação mesmo quando demonstrado que a conduta foi inofensiva.

Francisco de Assis Toledo⁴⁸⁹, por sua vez, adverte:

[...] o crescimento descontrolado desses crimes de perigo abstrato, especialmente na área dos delitos de trânsito, delitos contra o meio ambiente, contra a saúde pública, contra a ordem econômica e tributária, etc., pode por em risco o Direito Penal de cunho liberal, orientado e autolimitado pela exigência da ofensa ao bem jurídico, transformando essa exigência em uma espécie de ficção a ponto de já se falar na exposição a perigo do Direito Penal pelo surgimento de um direito penal da exposição a perigo (Herzog).

Arremata Edson Miguel da Silva Junior⁴⁹⁰ dizendo que:

[...] essa classificação do crime de perigo não é aceitável em um direito penal de ato, como o nosso. Ademais, uma dogmática tão atroz como a que se desenvolveu na Alemanha nazista é um exemplo vivo na história do Direito ocidental dos perigos de um direito penal de autor. Se, contudo, for necessária a separação do crime de perigo em concreto e abstrato, outro deve ser o critério de classificação que não a presunção de perigo na conduta que inexoravelmente pune o agente pelo que ele é e não pelo ato praticado.

Ressalta Bustos Ramirez⁴⁹¹ que a doutrina, em face do perigo abstrato, tem-se declarado contrária, pois se opõe ao princípio garantidor de *nullum crimen sine iniuria*, que surge de uma concepção material de antijuridicidade e do injusto. No fundo, mediante o recurso ao delito de perigo abstrato pode-se estar castigando criminalmente em razão de “uma determinada visão moral, política ou social, ou bem, uma mera infração administrativa”.

⁴⁸⁹ Palestra no II Congresso do MPGO, abril/98 apud SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Crimes de perigo no código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 76, p. 06, mar. 1999.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 07.

⁴⁹¹ *Manual de derecho penal Español*. Ariel Derecho, p. 191 apud CALLEGARI, André Luis. *Op. cit.*, p. 08.

O problema de adiantamento das barreiras de proteção penal é que parece contrastar com a antijuridicidade material, é dizer, estar-se-ia desvalorando a simples ação do sujeito, independentemente da produção do resultado. Assim, nos delitos de perigo abstrato não se faz necessária a verificação de um resultado de perigo concreto para a vida ou integridade física das pessoas, posto que o perigo é presumido⁴⁹².

No sentido de defesa dos delitos de perigo abstrato, afirma-se que o adiantamento da barreira de intervenção penal, inclusive em momentos anteriores à colocação em perigo, obedece a uma regra de experiência, neste caso empiricamente contrastada, que permite afirmar a perigosidade inerente a determinados comportamentos. Isso foi explicado, segundo Callegari⁴⁹³, no delito de dirigir embriagado, por Silva Sánchez, a partir da consideração da conduta típica como um caso de "imprudência sem resultado" criminalizada excepcionalmente ao menos por duas razões: em primeiro lugar, por se tratar de uma imprudência permanente, que se prolonga no tempo, o qual a torna mais perigosa que um ato isolado; em segundo lugar, a situação descrita admite uma maior objetivação da infração de cuidado em comparação com outras formas de condução perigosa (cansaço ou sono, por exemplo).

A maior oposição aos crimes de perigo abstrato consiste na violação ao princípio da lesividade ou ofensividade, fulcrados justamente na consideração de

⁴⁹² Ibid., mesma página.

⁴⁹³ Ibid., mesma página.

que toda incriminação deve ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposição a perigo que sejam aptas a vulnenar o bem merecedor de proteção.

De fato, não se pode, a princípio, incriminar a conduta humana que não afeta qualquer bem jurídico.

A ofensa ao princípio da lesividade, todavia, só ocorre quando realmente o tipo penal de perigo, seja concreto, mas especialmente o abstrato, for erigido em desconformidade com a técnica adequada, ou quando for desnecessária a tutela jurídica. Vale dizer, quando desrespeitar, na sua construção, os princípios básicos penais, dentre eles e relacionados ao tema, a taxatividade na descrição, deixando-o aberto ou vago, de forma a tornar imprecisa a conduta típica, ou, ainda quando impuser proteção a bem jurídico irrelevante, ultrapassando os limites da intervenção mínima e chocando-se com a função fragmentária do Direito Penal, de só intervir quando absolutamente necessário.

Como exemplo, pode ser citado o crime de poluição descrito no artigo 54 da Lei 9.605/98, em que o legislador (embora corretamente criando o bem jurídico de natureza difusa na forma de tutela de perigo – uma vez que a poluição atinge o meio ambiente – em que, portanto, a danosidade atinge a todos de forma indistinta, dificultando os meios de reação e até reparação) acabou inserindo fórmula desrespeitosa à noção de taxatividade indispensável à legitimidade da proteção, ao incluir limites aos níveis de poluição, de maneira totalmente imprecisa e sem definição, pela expressão “[...] em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos [...]”

De fato, se a tutela é antecipada e se faz verdadeiramente com apoio em probabilidade, ou seja, por meio de presunção, no caso *hominis*, dado que se trata de crime de perigo concreto, indispensável que seja construído sem fórmulas vazias ou imprecisas, as quais só contribuem para gerar ainda mais dificuldades e incertezas sobre o resultado danoso.

Na mesma lei encontram-se, ainda, tipificações injustificáveis do ponto de vista da intervenção mínima e lesividade ao bem jurídico, como o dano culposo a plantas de ornamentação pública ou em propriedade alheia (artigo 49, parágrafo único), sem sequer fazer referência a qual tipo de planta, mas tendo-se em conta apenas a sua localização, e incluindo até mesmo o dano não intencional.

Embora tenha aparência de delito de dano, não perde o seu fim especial, que é a proteção ao meio ambiente. E, como uma única conduta nesse contexto não tem o condão de gerar lesividade suficiente para a garantia do meio ambiente, a tutela, na verdade, transmuda-se para de perigo, pois justamente visa prevenir o conjunto de infrações, este sim capaz de ofender com relevância o bem jurídico tutelado.

No mesmo sentido, o crime descrito no artigo 48 da referida Lei, concernente ao impedimento ou dificuldade da regeneração natural de florestas e *demais formas de vegetação*, sem ao menos ficar especificado quais delas seriam importantes à proteção, com o fim de salvaguardar o meio ambiente, e em que condições ocorreria o crime, pois, do contrário, até mesmo o ato de cortar grama num campo de futebol teria incidência nesse tipo penal.

A tutela antecipada é importante e necessária no caso, notadamente quando intenciona proporcionar a regeneração de floresta de preservação permanente ou em reserva legal. No entanto, a falta de técnica adequada na construção do tipo macula a proteção antecipada, inibitória do dano.

Por outro lado, contudo, há descrições típicas que atendem aos princípios penais porque construídos dentro dos limites traçados, como o artigo 35 da mesma lei, que trata da pesca, ao traçar que é crime a sua realização com emprego de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzem efeito semelhante, ou então, com utilização de substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente.

A antecipação de tutela nesse caso se dá tanto quando há desobediência de regulamentação administrativa relativa aos meios autorizados de pesca, como também quando há emprego de recursos sabidamente lesivos à fauna aquática, no caso, explosivo e substâncias tóxicas, não sendo necessária a demonstração, porque se trata de perigo presumido.

A proibição de pesca em período de piracema, ou em locais interditados administrativamente, ou também de espécies protegidas por estarem em risco de extinção, ou com emprego de aparelhos ou apetrechos reconhecidamente lesivos ao meio ambiente, igualmente, embora versem sobre crimes de perigo abstrato, cuja lesividade é presumida, não ofendem os princípios penais em debate. Isto porque o legislador os respeitou na construção da descrição típica, tornando-se inviável, assim, questionar a sua legitimidade.

Importante notar que tais descrições típicas empregadas como exemplo se referem tanto a crimes de perigo concreto como abstrato, de modo que em ambas as situações é absolutamente necessário e indispensável que o legislador se valha desse recurso como instrumental de proteção ao meio ambiente.

Transportando a conclusão para a proteção de outros bens jurídicos por meio de crimes de perigo abstrato, pode-se concluir com facilidade que estes são indispensáveis, como tutela antecipada e sem necessidade de demonstração de efetivo perigo de dano. Tal fato se ocorre porque presumido, em situações em que os resultados de um dano efetivo poderiam ser catastróficos, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.

Correto Ângelo Roberto Ilha⁴⁹⁴ quando conclui que:

[...] os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como precisa e taxativa descrição do modelo incriminador.

⁴⁹⁴ Op. cit., p. 101.

Em suma, os crimes de perigo abstrato, notadamente, são admissíveis e necessários, e estarão em conformação com os princípios penais e constitucionais sempre que formatados e neles inspirados.

12.7 A criminalidade difusa e os crimes de perigo

O posicionamento dogmático a respeito de determinados temas controversos não pode impedir o avanço da ciência em busca de novas soluções para o enfrentamento de graves problemas que o Direito Penal baseado no indivíduo não mais consegue resolver.

De fato, a modernidade trouxe consigo inúmeras dificuldades de ordem coletiva que necessitam de estudo e enfrentamento elaborado também no plano coletivo, sob pena de se tornar absolutamente ineficaz.

A dogmática, portanto, tem que acompanhar as mudanças sociais, pois, caracterizando-se o crime como um fenômeno social, indiscutível que os instrumentos de combate não podem encontrar obstáculos em fórmulas produzidas para outros momentos e situações, havendo imperiosa necessidade, em consequência, de adequação de conceitos, dogmas, conhecimentos e fórmulas jurídicas que atendam às necessidades contemporâneas.

Eládio Lecey⁴⁹⁵ ao desenvolver a argumentação sobre a criminalização da pessoa jurídica, por exemplo, lembra que:

[...] assim como surgiu uma dogmática dos delitos de omissão diferente dos delitos de ação e uma dogmática dos delitos culposos diferente dos delitos dolosos, tem que surgir agora uma dogmática dos delitos com co-atuação da pessoa jurídica diferente daquela em que somente se dá a intervenção de uma pessoa natural.

De fato, as mais expressivas ofensas ao meio ambiente, ao consumidor, ao sistema financeiro e econômico têm se concretizado no âmbito das grandes empresas, cujo emaranhado de composição e complexidade de formação dos atos decisórios (e muitas vezes de forma proposital) provoca a diluição de responsabilidades, o que praticamente inviabiliza a persecução penal em face de práticas ilícitas em nome ou em benefício da pessoa jurídica.

As formas mais modernas de criminalidade organizada, sobretudo da criminalidade de empresa, demonstram que através das pessoas jurídicas se pode fomentar a 'irresponsabilidade penal organizada'. A tradicional imputação individualizada que vem protagonizando a imputação jurídico-penal encontra sérias dificuldades ante lesões de bens jurídicos individuais ou coletivos que têm origem em certas organizações humanas fortemente hierarquizadas ou com divisão – horizontal e vertical – de funções e tarefas. As organizações humanas mais complexas se caracterizam pela descentralização e diferenciação de funções e tarefas. Por isso a distribuição de competências dentre dessas organizações planta sérios problemas na hora de imputar o fato antijurídico a uma pessoa concreta. Um claro exemplo são os atentados contra o meio ambiente levados a cabo por empresas contaminadoras. Nesses casos os trabalhadores que contaminam diretamente não tem capacidade de decisão nem informação suficiente e os que têm a capacidade de decisão e informação são pessoas que se encontram muito afastadas física e temporalmente da lesão⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ A tutela penal do consumidor e a criminalização da pessoa jurídica. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n 26, p. 81, abr./jun. 1998.

⁴⁹⁶ SÁNCHEZ, Bernardo J. Feijóo. *Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 22, 1999.

Daí porque há necessidade de mudanças de rumos, de se encontrar novas fórmulas consentâneas com os seus reclamos. É preciso que o Direito Penal tenha em conta a realidade social para cumprir sua função protetiva e adote um instrumental jurídico adequado para tratar e superar de forma satisfatória esses problemas.

Nesse cenário da criminalidade difusa, portanto, ao lado da responsabilização da pessoa jurídica, não se pode prescindir do emprego dos crimes de perigo, seja concreto ou abstrato, como importante instrumento de proteção a tão relevantes bens jurídicos.

No âmbito do Direito Ambiental, salienta Paulo José da Costa Junior⁴⁹⁷ que constitui tarefa das mais árduas estabelecer o nexo causal entre a conduta antiecológica e o evento de dano, motivando que o legislador penal prefira substituir o evento de dano pelo de perigo, retrocedendo o momento consumativo do delito, da lesão efetiva para a simples ameaça; e, além disso, se contente com o perigo abstrato ou presumido, afastando do tipo o perigo concreto, em que se verifica a sua existência caso por caso.

Em certas legislações, exemplifica:

[...] a impaciência do legislador penal para proteger o que ainda resta da reserva ecológica, fá-lo retroceder ainda mais o momento consumativo do crime, sendo exemplo a lei italiana de 1971, que reprime até a conduta preparatória: 'produzir ou armazenar para o comércio detergentes sintéticos'. Reprime-se, pois, a mera conduta, independentemente da verificação do resultado. A doutrina vislumbra, in casu, os chamados crimes obstáculos, que constituem a fronteira avançada do direito penal.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Direito penal ecológico. *Justitia*, São Paulo, ano 43, v. 113, p. 70, 1981.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, mesma página.

A doutrina majoritária tem consagrado, sobretudo para os tipos penais básicos – em matéria ambiental – a forma de delito de perigo, especialmente de perigo abstrato, em detrimento do delito de lesão ou de resultado material.

A criminalização do perigo em matéria de Direito Penal Ambiental, apregoa Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz⁴⁹⁹, reflete o princípio da prevenção e da precaução, na medida em que, ao antecipar a punição de uma conduta potencialmente danosa ao bem jurídico tutelado – o meio ambiente ecologicamente saudável, dispensa a produção do resultado – o dano – e promove a tutela preventiva dos bens ambientais por não esperar a ocorrência efetiva da lesão.

Ao se prever como típica conduta que ocasione simples perigo, dispensando a produção do evento danoso para a sua repressão, possibilita-se a atuação estatal a tempo de evitar o dano ecológico, que quase sempre se reveste de irreparabilidade e irreversibilidade.⁵⁰⁰

É por isso que afirmam Paulo José da Costa Junior e Edis Milaré⁵⁰¹, que de um ponto de vista político-criminal:

[...] o recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente finalidades de repressão e prevenção, sendo certo que o progresso da vida moderna está aumentando em demasia as oportunidades de perigo comum, não estando a sociedade em condições de refrear certas atividades perigosas, tidas como condições essenciais do desenvolvimento que se processa.

⁴⁹⁹ *Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente*. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caouma/caouma.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2005.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Direito penal ambiental*. Comentários a lei n. 9605/98. Campinas: Millennium, 2002, p. 02.

Em tal contexto, evidente que a “técnica normativa assentada na incriminação do perigo é a mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico”⁵⁰², arrematam.

Compõem o mesmo segmento os demais delitos ofensivos a bens jurídicos difusos e que, por isso, estão inseridos no rol dos crimes de perigo comum, podendo-se citar, dentre tantos, ao lado da Lei 9.605/98 (Crimes Ambientais), os descritos na Lei 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), a Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); a Lei 8.176/91, (Crimes contra a Ordem Econômica).

Inegável que na sociedade de risco contemporânea, pós-industrial, as ofensas a importantes bens da vida podem ocorrer não mais individualmente, como a morte decorrente de um homicídio, mas agora atingindo pessoas indeterminadas e de forma que nem ao menos se lhe permite a mesma reação, o que gera à sociedade gravíssimas conseqüências que atingem todos os indivíduos indistintamente.

Não existe nenhuma dificuldade para enumerar casos concretos de danos ambientais relevantes que causaram destruições e mortes, assim como a comercialização de produtos defeituosos ou nocivos, cuja potencialidade de risco especialmente ao ser humano é inerente, ou ainda as graves conseqüências das

⁵⁰² Ibid., mesma página.

ações temerárias no âmbito do Sistema Financeiro geradoras de prejuízos incomensuráveis e até desestabilização econômica do governo.

Mesmo a Lei 9.503/97, do Código Brasileiro de Trânsito, na qual os tipos de perigo aparecem em profusão, atendem a uma “opção político-criminal a favor do adiantamento das barreiras de proteção, que dá lugar à configuração de bens jurídicos espiritualizados, de natureza supra-individual, como é o da segurança do trânsito”⁵⁰³.

Em questões que envolvem saúde pública, meio ambiente, consumidor, sistema econômico e financeiro, entre outras, surge a imperiosa necessidade de o Direito Penal intervir de maneira preventiva a fim de cumprir sua vocação, punindo com antecipação o comportamento presumidamente lesivo ao cidadão e ao grupo social. Dele não se podendo prescindir empregando-se argumentos e justificativas calcadas sobre tipos penais mal construídos, hipóteses mal escolhidas etc., pois se podem existir e realmente existem as tipificações de perigo insustentáveis, igualmente existem outras que com ela tem plena adequação, cumprindo o papel de tutela antecipada do bem jurídico, cuja conduta representa exposição a efetivo perigo. Para exemplificar, podemos citar dois, quais sejam, o tráfico de drogas e o porte ilegal de arma, em relação aos quais impensável a exigência de efetivação de dano para a sua consumação.

⁵⁰³ CALLEGARI, André Luís. Op. cit., p. 07.

É certo, logo, que os crimes de perigo cumprem papel importante como instrumento no arsenal de combate à criminalidade difusa e, como corolário, o emprego das presunções acaba sendo necessário e inevitável, uma vez que a relação daqueles com esta é de dependência.

Evidente que os crimes de perigo devem ser criados pelo legislador atendendo critérios bem definidos e somente nos casos em que realmente haja necessidade da antecipação da tutela em função da gravidade da conduta e lesão decorrente. Não se pode, logicamente – inclusive sob a justificativa da facilitação probatória – torná-los a regra em detrimentos dos crimes de dano, respeitando-se, ainda, princípios básicos e consagrados como da taxatividade, lesividade ou ofensividade e intervenção mínima, os grandes algozes da tipicidade de perigo segundo pensamento daqueles que não consideram legítimo o seu emprego.

13 PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

13.1 Breve histórico

O combate aos crimes de natureza sexual, por sua gravidade e perturbação psíquica que provoca às vítimas, recebeu do legislador preocupação especial, notadamente pela inserção da cláusula da presunção da violência, cuja legalidade é contestada por parte da doutrina e jurisprudência, sem contar a controvérsia sobre sua natureza, vale dizer, se considerada *juris et de jure* ou *juris tantum*.

Historicamente, desde as Ordenações do Reino de Portugal, com maior ênfase para as Filipinas, não obstante a falta de técnica na descrição – pois naquela época o Direito Penal ainda não havia passado pelo seu período de humanização e padronização científica – a violência com o desígnio de satisfazer os prazeres sexuais estava inserida em seu Livro V, sob a rubrica do Título XVIII: "Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade".

O Código de 1830 – Código Criminal do Império do Brasil - cuidava dos crimes sexuais em seu Título II, capítulo II, que sob o título "Dos crimes contra a segurança da honra", tutelava a liberdade do corpo em função das relações sexuais;

dividindo-os nas seguintes secções: *Secção I*: Estupro; *Secção II*: Rapto; *Secção III*: Calúnia e Injúria.

A violência como meio para a prática do crime aparecia nos delitos de estupro (artigo 222) e no rapto (artigo 226), mas somente na sua forma real, concreta, pois até então não se cogitava seu reconhecimento por presunção.

Adiante, o Código de 1890 repreendia a violência com o fim da satisfação sexual, sob a rubrica do Título VIII, Capítulo I, a saber: "Da violência carnal". Assim, para os crimes de atentado violento ao pudor (artigo 266), estupro (artigo 268) e rapto (artigo 270) havia expressa menção da violência como elementar do tipo, o que não ocorria com o crime de lenocínio (artigo 277).

Deve-se ao legislador de 1890 a grande inovação consistente não só por considerar a violência presumida, mas também em razão da especificação de quais eram as hipóteses legais.

De fato, no seu artigo 269, depois de trazer a descrição do crime de estupro, em parágrafo à parte, fazia a seguinte previsão:

Por violência entende-se não só o emprego de força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chlorofórmio, o ether, e, em geral, os anestésicos e narcóticos.

Em seguida, no artigo 272, trouxe a cláusula da presunção em relação à idade da vítima: “Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos”.

Em dois dispositivos separados, portanto, o legislador fez menção às espécies de presunção de violência, seja em função da inexistência de discernimento devido à inimputabilidade por doença ou idade, ou em função da menor possibilidade de resistência. Estas determinações acabaram, posteriormente, sendo integradas num único dispositivo, já por ocasião do Código Penal de 1940.

Interessante notar que 16 (dezesseis) anos era a idade da vítima que gerava a presunção de falta de discernimento, rebaixada para 14 (catorze) anos pela legislação em vigor.

De fato, o Código Penal vigente inovou em seu artigo 224, não apenas diminuindo a idade base para a consideração da presunção da violência em razão da inconsciência da vítima a respeito de sua conduta, mas também alargando a proteção em razão de outras causas de incapacidade de discernimento ou de resistência, sejam resultantes de “causas mórbidas (enfermidades, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos)”, conforme descrito na exposição de motivos. Houve também a extensão da presunção aos crimes, incluídos no Capítulo V, sob a rubrica “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”, especificamente os descritos nos artigos 227

(mediação para servir a lascívia de outrem), 228 (favorecimento da prostituição), 230 (rufianismo) e 231 (tráfico de mulheres), por força do artigo 232 do mesmo estatuto penal.

Relevante para o estudo, portanto, os crimes do artigo 213 (Estupro), 214 (Atentado Violento ao Pudor), 227 (Mediação para Servir a Lascívia de Outrem), 228 (Favorecimento da Prostituição), 229 (Casa de Prostituição), 230 (Rufianismo) e 231 (Tráfico de Mulheres), nos quais a violência aparece como elementar e, logo, passível de presunção com respaldo no imperativo legal dos artigos 224 e 232 do Código Penal.

Como dado histórico e de relevante importância para a verificação da natureza da presunção, faz-se necessário lembrar que no Código Penal de 1969 houve mudança em relação à presunção de violência no que tange à natureza da presunção quando a vítima é menor de 14 anos; isto, pois, ficou expressamente consignado tratar-se de presunção absoluta. Contudo, apresenta-se uma exceção, qual seja, “salvo fundada suposição contrária do agente” (artigo 247). Assim, admitiu o legislador como exclusão da presunção a hipótese de erro relativo à idade da vítima. De outro lado, porque não incluídas na exceção, ficaram afastadas outras hipóteses, mormente a principal, amparada na maturidade emocional e psicológica da vítima.

13.2 Direito comparado

Ainda com o propósito de preparar a análise do artigo 224 do Código Penal, atesta-se ser conveniente trazer à colação o tratamento do tema no Direito Comparado, a fim de servir de parâmetro para a interpretação do dispositivo.

Colhe-se, assim, da legislação francesa o artigo 222-24 do Código Penal, o qual pune com pena de 20 (vinte) anos de reclusão o ato sexual praticado com violação (violência, ameaça, intimidação) contra pessoas menores de 15 (quinze) anos ou que não possam oferecer resistência por outra causa, como aquelas portadoras de doença física e mental. Trata-se, portanto, de hipótese de aumento de pena, em que se verifica a inexistência da presunção de violência, e sim a presunção de incapacidade de discernimento ou resistência que motiva maior agravação na pena.

Na Itália, o Código Penal, em seu artigo 609, traz previsão de punição com pena de 5 (cinco) a 10 (dez) anos para os atos sexuais praticados contra menores de 14 (catorze) anos ou contra pessoas que não apresentam capacidade de resistência em razão de deficiência física ou mental. Não há dispositivo expresso prevendo a presunção de violência; porém, o ato sexual com menor de 14 (catorze) anos, por exemplo, caracteriza crime, de modo que, embora parecido com o modelo francês, traz presunção de incapacidade de discernimento e de resistir geradora do crime em si, sem necessidade de provar violência ou grave ameaça.

Na Espanha há semelhante previsão, pois também não há dispositivo próprio sobre presunção de violência. Contudo, a prática de ato sexual com menor de 13 (treze) anos, assim como com pessoa portadora de doença que a impeça de compreender e resistir, é considerada não consentida, sendo a pena para o coito vaginal de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, de acordo com os artigos 181.2 e 182.1 do Código Penal. Há, portanto, expressa previsão de presunção de falta de consentimento, o que faz gerar o crime.

Em Portugal, o artigo 39 do Código Penal trata do consentimento presumido, admitindo-o o legislador quando a situação em que o agente atua permitir, razoavelmente, supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido o fato se conhecesse as circunstâncias em que este foi praticado.

Já o artigo 172, n. 2, que não faz referência ao emprego de violência, prevê pena de 3 a 10 anos para a prática de ato sexual com menor de 14 (catorze) anos. Na mesma esteira, o artigo 173, 1, também incrimina o ato sexual praticado sem violência contra menores entre 14 (catorze) e 18 (dezoito), submetidos à dependência do agente; e o artigo 174, por fim, estipula pena de até 2 (dois) anos para aquele que pratica ato sexual com menor entre 14 (catorze) e 16 (dezesesseis) anos, abusando de sua inexperiência.

Assim, se o menor possui menos de 14 (catorze) anos há crime, independentemente do emprego de violência ou não, por presunção de inexistência de consentimento. Caso o menor tenha entre 14 (catorze) e 16 (dezesesseis) anos, a

presunção é relativa, podendo o agente demonstrar que o menor possuía experiência. Acima dessa idade não há presunção alguma, exceto até os 18 (dezoito) anos se o menor for dependente, de algum modo, do agente.

Na Alemanha, pelo § 179, n. 1 e 2 do Código Penal, a prática de atos sexuais contra doentes e incapazes de resistir é crime apenado com 6 (seis) meses a 10 (dez) anos de prisão. Em relação aos menores de 14 (catorze) anos, o § 176, igualmente, traz previsão da mesma quantidade de pena para a prática de atos sexuais, independente de violência ou grave ameaça, por presunção de falta de discernimento e resistência.

Verifica-se, portanto, que nos principais ordenamentos penais europeus, que são da mesma família do brasileiro, embora não contenham norma expressa a respeito de presunção de violência, a idade da vítima e a condição da pessoa fazem, igualmente, presumir a incapacidade de discernimento ou resistência, motivadoras da caracterização de crime ou de causa de aumento de pena.

Quanto à idade da vítima, é possível constatar que o legislador, nesses ordenamentos, entendeu como limite para configurar a incapacidade de discernimento ou resistência a faixa etária entre 13 (treze) e 15 (quinze) anos, de modo que o ordenamento pátrio, neste particular, adotou idade média de 14 (catorze) anos, o que, inclusive, aparece na maioria deles.

Para finalizar, dois exemplos do modelo latino. Na Argentina, o artigo 119 do Código Penal prevê como crime apenado com 6 (seis) a 15 (quinze) anos, o

estupro contra menores de 12 (doze) anos ou pessoas incapazes de resistir por doença ou outra causa; e pena de 3 (três) a 6 (seis) anos se a vítima tiver entre 12 (doze) e 15 (quinze) anos. Importante ressaltar que a violência não figura como elementar do crime porque se presume a falta de consentimento.

Já no México, o Código Penal não difere do brasileiro no que tange à presunção de violência, uma vez que expressamente descreve o crime de violação (artigo 179) como a cópula vagínica, anal ou oral, praticada com violência física ou moral, sem consentimento, contra pessoa de qualquer sexo, e depois o equipara à prática de tais comportamentos com vítima menor de 12 anos ou por qualquer causa incapaz de compreender ou resistir ao ato sexual realizado (artigo 180), ficando sujeito à pena de 10 a 30 anos de reclusão.

Tem-se, assim, modelo semelhante ao brasileiro, em que se presume a própria violência e não a falta de consentimento por incapacidade de discernimento ou resistência.

Seja um modelo ou outro, todavia, ambos têm o mesmo objetivo, qual seja: presumir a falta de consentimento por incapacidade de discernimento ou resistência, sendo prescindível o emprego da violência real como meio para a prática do crime. No ordenamento pátrio há norma específica de presunção de violência porque o tipo penal contém a elementar “violência” como meio para a sua prática. Diversamente, nos demais modelos não há tal exigência, pois o crime em si se configura com a prática do ato sexual com vítima menor ou pessoa incapaz de discernir e resistir por outra causa.

13.3 Hipóteses de presunção de violência

Reza o art. 224 do Código Penal que se presume a violência se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; e, c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

A presunção de violência do art. 224 acrescenta mais um elemento integrante do tipo penal dos crimes de violência sexual, ou seja, a presunção, por força do referido artigo, figura igualmente como elementar dos crimes em que a violência neles está inserida.

Nesta linha de entendimento, leciona Alberto Silva Franco⁵⁰⁴, para quem no Estatuto Penal, apesar da timidez da doutrina em classificar o tipo do art. 224, a presunção de violência se constitui em norma tipificadora de crime presumido. O art. 224 afirma, “como se encontra disposto no Código Penal, não se afigura como tipo penal qualificado, nem circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena”, define a presunção de violência, elencando hipóteses, *numerus clausus*, que revestem da qualidade de elementos do crime.

Nas três hipóteses a violência é ficta, ou seja, efetivamente não há violência real, pois, do contrário, não seria necessário presumi-la, já que figura originariamente como elementar do tipo exatamente nessa forma.

⁵⁰⁴ *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 650.

A violência, portanto, diversamente do que está inscrito na lei, não é presumida porque se trata de hipótese clara de ficção. Refere-se o dispositivo, assim, à violência ficta, o que inclusive não é contestado.

Na verdade, o que se presume é a incapacidade de discernimento ou resistência da vítima em face da conduta praticada, o que gera, então, a violência ficta. Em outras palavras, trata-se de uma ficção amparada numa presunção.

Segundo está inscrito na própria exposição de motivos, consoante o item 70, o legislador, em relação à ficção legal da violência, fundamentou-se na *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, “a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”. Justifica-se o legislador, conquanto:

[...] seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14(quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lasciva de outrem.

Aduz, igualmente, que há ausência de consentimento válido quando o sujeito passivo é alienado ou débil mental, e:

[...] se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, sendo esta resultantes de causas mórbidas ou de especiais condições físicas.

13.3.1 *Presunção da violência em decorrência da idade*

O fundamento do legislador é a moralidade pública e individual, sob a justificativa de que a psicogênese da criança, até atingir o seu grau normal de maturidade, não sabe querer, motivando que o seu consentimento, fruto de uma visão distorcida da realidade e da perspectiva da vida, seja presumido. Desta forma, aquele que infringe os costumes nestas circunstâncias deve ser punido, até porque, na hipótese de prematura formação psicológica, a vítima sempre será facilmente envolvida.

Duas são as considerações importantes a respeito desse dispositivo (artigo 224, "a"), que faz presumir, como visto, a violência quando a vítima é menor de 14 (catorze) anos, quais sejam, a definição da idade limite para determinar a presunção e a natureza desta, se absoluta ou relativa.

Quando incluída no Código de 1890, a idade limite era de 16 (dezesseis) anos e assim permaneceu até a entrada em vigência do atual Código Penal, o qual a rebaixou para 14 (catorze) anos. A questão intrigante que se põe em discussão é saber qual a idade em que o agente atinge grau de consciência sobre sua conduta sexual para que o consentimento possa ser considerado válido. Em parte alguma dos ordenamentos jurídicos, seja interno ou externo, há absoluto consenso, igualmente à questão do discernimento sobre o crime, em que, embora haja uma concordância sobre a faixa etária, em torno dos 18 anos, é impossível definir o momento exato em que se atinge a capacidade absoluta. O mesmo ocorre

em relação à maturidade sexual, pois embora se possa chegar ao senso comum de que na faixa de 14 anos essa maturidade está bem desenvolvida, inadmissível igualmente afirmá-la, uma vez que esta pertence, sem embargos de sinais orgânicos, ao psiquismo da pessoa, área cujo acesso é restrito e que só se alcança por meio de dados externos e presunção.

Luiz Flávio Gomes⁵⁰⁵, lembrando sobre a dificuldade em se fixar o momento em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente, critica o dispositivo quando vincula a presunção a uma determinada faixa etária, afirmando ser o critério de manifesta impropriedade. Isto porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir com liberdade sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo, até a véspera de completar tal idade. Essa postura de rigidez, concluiu, atrita contra a lógica e o bom senso porque não pode existir uma passagem brusca da privação de liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade.

Embora se compreenda que a fórmula legal não está imune à crítica, assim como também não o está a própria dogmática penal em várias de suas passagens, o fato é que esse raciocínio não pode levar à exclusão da presunção por idade, pois além de retirar a defesa das vítimas imaturas – que certamente são a grande maioria – colocaria em xeque todos os dispositivos baseados na idade da vítima ou do agente. Isto se confirma, a começar, pela presunção de inimputabilidade penal aos dezoito anos, quando sabidamente, de um momento a outro, tão logo complete dezoito anos, o agente passa a ter responsabilidade penal e

⁵⁰⁵ *A presunção de violência nos crimes sexuais*, p. 38/40.

discernimento absoluto, como num passe de mágica. Mas essa presunção, assim como a presunção de violência por idade, trata-se de opção do legislador em face à impossibilidade jurídica de se disciplinar a matéria de forma diferente, sendo certamente essa a que menos prejuízo causa ao agente, pois, ao menos, tem conhecimento da regra objetiva. Ainda mais desfavorável seria se ficasse sujeito apenas ao critério subjetivo a definição do momento em que a pessoa atingisse o discernimento e autodeterminação para o crime e para a vida sexual.

Luiz Flávio Gomes⁵⁰⁶, no mesmo texto, argumenta, sem razão, que se o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece, com a imposição de medidas sócio-educativas aos menores entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, certa capacidade de discernimento e de compreensão para a prática do crime, não haveria, então, razão para não se aceitar como válido o seu consentimento em relação ao ato sexual.

Tal raciocínio, ao revés, justifica a correção da presunção, pois se para os adolescentes o ECA admite certa capacidade de discernimento, para as crianças, por outro lado, a nega; visto que não lhes permite a aplicação de medidas sócio-educativas, mas, tão-somente, medidas de proteção – o que está em plena consonância com a finalidade protetora e defensora da presunção de violência, justamente por entender que a vítima, nessa idade, não tem ciência e domínio de suas decisões de natureza sexual.

⁵⁰⁶ Ibid.

Também se comprova que a fixação de idade, no que se apegou o renomado jurista para elaborar sua crítica, é tradição do ordenamento jurídico pátrio, que o faz em profusão em todos os ramos do direito sempre que a matéria se referir a alguma condição especial do ser humano em determinada faixa etária. Assim a empregou para definir o direito ao voto, o direito de dirigir, o direito de casar, o direito de trabalhar, o recrutamento militar, a capacidade civil plena, a diferenciação entre criança e adolescente. Enfim, para definir direitos e obrigações das pessoas em vários campos, por exemplo, o penal; todos eles baseados em presunção de discernimento, de desenvolvimento psíquico suficiente para decidir sobre a prática de determinado ato.

Outrossim, é necessário lembrar que nessa faixa etária o ser humano ainda não está maduro, completo, e precisa de maior proteção; em consonância inclusive com regras internacionais estabelecidas pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, a qual impõe, tanto para os governantes como para os aplicadores do Direito e operadores da justiça, a garantia do interesse superior da criança, como versa o seu Art. 3.1:

Em todas as medidas concernentes às crianças tomadas por instituições de bem estar social públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão consideração primordial os interesse superiores da criança.

Com esse princípio, a Convenção garante a proteção integral às crianças e aos adolescentes até os 18 (dezoito) anos de idade⁵⁰⁷, assegurada pela Carta Magna e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/904.

⁵⁰⁷ Pela Convenção crianças são pessoas com idade de até 18 anos (artigo 1º.).

Essa proteção encontra embasamento universalmente reconhecido, na condição peculiar de pessoas em fase de desenvolvimento físico mental, moral e espiritual, ou melhor, cujo processo de maturação está em formação biopsicossocial, afetiva e intelectual – razões pelas quais são vulneráveis aos agravos sociais e sexuais e merecem proteção integral e especial da família, sociedade e Estado, que têm o dever de colocá-las a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, na forma do disposto no art. 227, da Constituição Federal.

Além disso, o artigo 34 da Convenção dispõe que os Estados-partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual.

Na própria Convenção Internacional da Criança há dispositivo que impõe a obrigação dos Estados de estabelecer idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais (artigo 40, VII, n. 3), vale dizer, a presunção em decorrência da idade trata-se de uma imposição internacional.

Enfim, como concluiu Flávia Piovesan⁵⁰⁸:

[...] este novo paradigma fomenta a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e consagra uma lógica e uma principiologia próprias voltadas a assegurar a prevalência e a primazia do interesse da criança e do adolescente. Na qualidade de sujeitos de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido o direito à proteção especial.

⁵⁰⁸ *Temas de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 296.

Não há, portanto, qualquer impropriedade que torne o dispositivo inconstitucional, porque a presunção de violência nesse caso é absolutamente necessária e está de acordo com as regras, inclusive internacionais, de proteção à criança e ao adolescente, reconhecidamente em processo de maturação psíquica até os 18 anos.

Sobre a objeção relativa à definição da idade, segundo a qual com 14 (catorze) anos a vítima, na sociedade moderna, já teria condições de discernir, trata-se de tema que também é tranqüilamente superado; bastando definir a presunção como de natureza relativa, *juris tantum*, admitindo prova em contrário, não se justifica, portanto, eliminar a regra que garante proteção maior e geral, notadamente quando se traz à colação os exemplos extremos, como abusos sexuais de crianças em faixa etária em que, sem dúvida, não se tem o discernimento e autodeterminação suficientes para entender o significado do ato sexual.

Não obstante, e apenas para dar sustentação, o legislador empregou como regra a idade de 14 (catorze) anos como mínima para determinar quando a vítima não tem discernimento ou tem menor capacidade de resistência, inserindo essa condição como causa de aumento de pena ou elementar do crime. Podem ser citados como exemplos da primeira as hipóteses de homicídio contra menor de 14 (catorze) anos (artigo 121, § 4º.) e maus tratos (artigo 136, § 3º.), e da segunda, o crime de induzimento, instigação e auxílio ao uicídio de pessoa menor

(artigo 122, parágrafo único, inciso II)⁵⁰⁹, mas, especialmente, o crime de aborto considerado sem o consentimento da gestante se esta tem menos de 14 anos (art. 126, parágrafo único do Código Penal).

Ademais, no direito comparado extrai-se que a idade usualmente eleita nesse caso está na faixa entre 12 (doze) e 15 (quinze) anos, sendo 14 (catorze) anos aquela que mais se repete, como nos ordenamentos da Alemanha, Itália e Portugal.

A segunda objeção ao dispositivo refere-se à natureza jurídica da presunção de violência, criando-se duas correntes relativas, quais sejam: a primeira considera a presunção de natureza absoluta (*juris et de jure*); a segunda a compreende de natureza relativa (*juris tantum*).

Celso Delmanto⁵¹⁰ afirma que há várias posições, citando-se aqui como principais:

⁵⁰⁹ Pacífico na doutrina e jurisprudência que no crime do artigo 122 do Código Penal, se a vítima não tem discernimento ou tem menor resistência, o crime transmuda-se para homicídio. Com base nesta interpretação, a causa de aumento deve ser empregada aos menores entre 14 e 18 anos, pois abaixo daquela idade presume-se a falta de discernimento ou capacidade de resistência, por interpretação sistemática. Nesse sentido, dentre tantos, Fernando Capez (*Curso de Direito Penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 94), Guilherme de Souza Nucci (Op. cit., p. 420), Ney Moura Teles (Op. cit., p. 162), Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 132), Julio Fabbrini Mirabete (Op. cit., p. p. 87). Para arrematar, com a precisa lição de Magalhães Noronha (Op. cit., p. 43), que também adere ao pensamento de que se a vítima é menor de 14 anos o crime converte-se em homicídio, baseando-se na legislação estrangeira, citando o artigo 580, 2^a. parte, do Código Penal Italiano, que faz expressa menção como hipóteses de aumento de pena, nos casos de suicídio, ter a vítima entre 14 e 18 anos, donde se concluiu que abaixo daquela é homicídio.

⁵¹⁰ *Código penal comentado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 409.

- 1ª) a presunção é relativa;
- 2ª) a presunção cai pelo fato de aparentar a vítima mais idade, escondendo a verdadeira e tomando a iniciativa de realizar a cópula;
- 3ª) a presunção cede, se a vítima já havia mantido relações com outras pessoas ou era promíscua;
- 4ª) a presunção é absoluta.

Essas posições doutrinárias citadas por Delmanto são fruto de interpretações que não fogem à dicotomia básica, vale dizer, se a presunção admite ou não prova em contrário.

13.3.1.1 *Presunção absoluta*

A corrente mais tradicional e conservadora entende que a presunção é absoluta (*juris et de jure*), não se podendo considerar válido o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos na prática do ato sexual, ou seja, o seu querer é viciado pela incapacidade de consentir.

Apega-se especialmente à explicação do legislador inserida na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, já mencionada, onde se afirma que o fundamento da ficção legal de violência é a “completa insciência em relação aos fatos sexuais”, não se podendo dar valor algum ao consentimento.

Completados os 14 (catorze) anos, diz o legislador, a pessoa já possui uma noção teórica bastante exata dos segredos da vida sexual, e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.

Concluiu-se, portanto, que as vítimas menores de 14 (catorze) anos de idade não têm maturidade para compreender o relacionamento sexual entre os indivíduos, caracterizando-se como incapazes de tomar decisões válidas no âmbito das suas relações sexuais. Esse argumento será debatido por ocasião do exame da presunção relativa.

Ao lado da interpretação extraída da exposição de motivos, outros argumentos são citados, como os que se seguem:

- 1) embora possam existir menores que adquiram consciência sexual mais cedo, a grande maioria, antes de completos os catorze anos, não tem desenvolvimento psicológico suficiente para compreender as conseqüências de seus atos (é o que se denomina *innocentia consilii*);
- 2) as duas outras hipóteses previstas no art. 224, do Código Penal (alíneas *b* e *c*), trazem ressalvas no corpo do próprio texto – fato que as torna relativas;
- 3) a idade da vítima faz parte do próprio tipo penal, havendo uma verdadeira norma de extensão, tal qual na tentativa.

O primeiro argumento não tem consistência para impor a presunção absoluta. Antes, justifica-o, pois reconhece a possibilidade de existirem vítimas menores de 14 (catorze) anos com consciência suficiente para discernir sobre o ato sexual praticado. É bem verdade que a presunção é justamente baseada no que acontece na maioria dos casos. A máxima da experiência reconhecida pelo próprio legislador, todavia, não é menos verdadeira que a presunção absoluta e tem justificativa apenas em hipóteses restritas, infensa às interpretações que variam de acordo com a evolução social e o avanço tecnológico e que são marcadamente atinentes a fatos cuja possibilidade de demonstração do contrário figura como remota.

Fala-se também que é absoluta a presunção porque nas demais alíneas o legislador expressamente assim a considerara. Essa interpretação, embora mereça atenção, não é suficiente para afirmar a natureza da presunção. Com efeito, a regra básica para se definir a natureza da presunção é a explicação do próprio legislador, como o fez nas demais alíneas. Isso não permite concluir, contudo, que a omissão na alínea “a” representa intenção diversa, até porque, nos casos em que há omissão, deve-se buscar a interpretação adequada do fato e da vontade do legislador. E assim será visto abaixo no exame da relatividade da presunção, em que houve exclusão, no texto original, da ressalva expressa a respeito da proibição da prova em contrário, pretendendo dizer que a intenção foi dar à hipótese o mesmo tratamento das demais.

O terceiro argumenta refere-se à presunção como elementar do tipo, em que nada difere em relação aos demais casos de presunção, e que no âmbito

penal são relacionados ao tipo, seja como elementar ou circunstancial. Dessa maneira, não é porque está no tipo penal que não se permite a relativização, prova disso são as demais alíneas.

A corrente que defende a natureza absoluta da presunção, no entanto, é a que encontra maior ressonância no Supremo Tribunal Federal, o qual já decidiu reiteradamente no sentido de que a presunção do art. 224, a, do Código Penal é absoluta e plenamente constitucional.

13.3.1.2 *Presunção relativa*

Atualmente, o entendimento que prevalece na doutrina é certamente aquele que adota a relatividade da presunção da violência.

A construção dessa corrente tem por base:

- 1) a errônea suposição do agente de se tratar de pessoa maior de 14 (catorze) anos de idade;
- 2) o comportamento desta em relação às coisas do sexo;
- 3) a retirada do projeto do atual Código Penal da expressão que determinava a natureza absoluta da presunção;
- 4) fosse absoluta a presunção, a vítima menor seria mais protegida, incluindo o insano mental.

A primeira hipótese leva em consideração que o agente acredita veementemente que está a praticar relações sexuais com pessoa maior de 14 (catorze) anos. Entende-se, portanto, que necessariamente se deve admitir prova contrária à presunção da violência quando há, pelo agente, uma suposição equivocada de que a vítima tem idade superior a 14 (catorze) anos, conforme leciona Magalhães Noronha⁵¹¹: "Se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de 14 anos não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé".

Damásio Evangelista de Jesus⁵¹² assevera que:

[...] a presunção de violência, no caso de a vítima não ser maior de catorze anos, é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade desta, erro este plenamente justificável pelas circunstâncias. Exs.: meretriz de porta aberta, certidão falsa de nascimento apresentada pela vítima, aparência de maior idade pelo aspecto físico, etc.

E o mestre conclui: "Se o agente estiver na dúvida quanto à idade da vítima, incidirá o art. 224, a, do CP, sendo presumida a violência [...]"⁵¹³.

Também Heleno Cláudio Fragoso⁵¹⁴ entende que "o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção".

Na segunda, admite-se a presunção da violência como de natureza relativa nos casos em que a vítima tem conhecimento acerca dos atos sexuais e as circunstâncias que os envolvem, como as meretrizes, por exemplo, ou mesmo

⁵¹¹ Op. cit., p. 195.

⁵¹² *Direito penal*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 141.

⁵¹³ *Ibid.*, mesma página.

⁵¹⁴ Op. cit., p. 03.

aquelas que, embora não tenham vida sexual promíscua, já alcançaram maturidade suficiente para entender o seu ato.

Nessa hipótese, logo, é o discernimento da vítima sobre o significado dos atos sexuais, seja pelo seu comportamento promíscuo ou recatado, que determinará a incidência ou não do dispositivo legal. Em outras palavras, se a vítima menor de 14 (catorze) anos, pelo seu conhecimento e experiência, atingiu maturidade suficiente para entender o significado e conseqüências do ato sexual. Em caso positivo, não haverá presunção de violência.

No tocante às vítimas de vida promíscua, representada pela prática constante de relações sexuais com outros indivíduos, mediante pagamento ou não, tornando-se despidorada e corrompida sexualmente, crível acreditar que mesmo tendo menos de 14 (catorze) anos pudesse compreender o ato sexual praticado.

Por outro lado, entretanto, tratando-se de menor virgem, recatada, de nenhum ou poucos namorados, tal conclusão não se extrai com a mesma facilidade. Mas é consensual que ainda assim, pelo acesso às informações que recebe, especialmente sobre temas de natureza sexual, exaustivamente explorado pelos canais de comunicação, é de todo possível que atingisse a maturidade suficiente impediendo da presunção.

De fato, o acolhimento, pela doutrina, da relativização⁵¹⁵ da presunção de violência deriva da modificação havida nos costumes, por meio da

⁵¹⁵ “A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se

mudança de comportamento social provocada de várias maneiras, destacando-se a mídia que maciçamente divulga informações com acesso irrestrito e que atinge menores em todas as várias etárias, o mesmo se podendo afirmar sobre a internet, que igualmente divulga em profusão, sem controle de censura, toda espécie de informação de natureza sexual.

Indiscutível, portanto, que o padrão comportamental sexual sofreu enorme mudança e que não se concebe que menores, notadamente entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos, ainda mantenham o mesmo entendimento que prevalecia por ocasião da entrada em vigência do Código Penal.

Clara nesse sentido a lição de Mirabete⁵¹⁶, alinhavando decisões acerca da relativa presunção de violência: não se caracteriza o crime quando a menor de 14 (catorze) anos é destinada à prostituição em logradouros públicos (RT 794/58); não tem vida recatada (RT 782/561); mostra-se experiente em matéria sexual (RT 13/380, 666/335, 564/378, 542/322); é despudorada e sem moral (RT 436/325, 695/355), dentre tantas outras.

O desembargador Dirceu de Mello por várias vezes se manifestou favoravelmente à relatividade da presunção nessa hipótese, afirmando que a presunção cede à prova da “condição de quase decaída”⁵¹⁷ da vítima com menos de

relativizou. Para tanto é só se verificar a doutrina e a jurisprudência. O absolutismo do disposto no art. 224, a, do Código Penal, foi abrandado para dar lugar ao entendimento no sentido de que quando ocorrer erro plenamente justificado do agente quanto à idade da ofendida, em virtude de sua compleição física, ou se a pessoa for prostituta ou de corrupção notória, deve cair a presunção” (BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, v. 678, p. 412, abr. 1992).

⁵¹⁶ *Manual de direito penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2, p. 452.

⁵¹⁷ Criminoso habitual e criminoso por tendência. p. 347.

14 (catorze) anos, ou quando a “maturidade sexual e estágio de desregramento moral fazem da vítima imerecedora da proteção estatutária”⁵¹⁸.

A terceira hipótese faz remissão à vontade do legislador. Afirma-se que não trazendo a lei qualquer menção à natureza da presunção, diferentemente das demais alíneas do mesmo dispositivo, na verdade não se quer significar que a presunção seja absoluta, como asseveram os defensores da corrente oposta, mas sim a afirmação de que a opção foi a própria relativização; uma vez que, conforme esclarece historicamente Nelson Hungria⁵¹⁹, presidente da comissão revisora do Código Penal de 1940, a retirada da expressão “não se admitindo prova em contrário” – que estava contida no projeto original de Alcântara Machado e que indicava, nitidamente, uma presunção absoluta – revelou a pretensão do legislador em entender que a natureza de presunção era, de fato, *juris tantum*.

Sobre o elemento histórico também se apega Magalhães Noronha⁵²⁰ lembrando que já na legislação anterior, pela Consolidação das Leis Penais (artigo 272), a presunção absoluta da violência era muito contestada, sendo pacífica na doutrina da época, podendo-se citar Crisólito de Gusmão⁵²¹, Viveiros de Castro e Galdino Siqueira, que o dispositivo trazia na verdade hipótese de presunção relativa.

A quarta hipótese diz respeito ao nível de proteção, o qual também corrobora como argumento no sentido da relativização. De fato, indiscutível que um insano mental, na maioria dos casos, tem menos capacidade de resistência e

⁵¹⁸ ALMEIDA, Jorge Luiz de. Op. cit., p. 318.

⁵¹⁹ *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 230.

⁵²⁰ Op. cit., p. 189.

⁵²¹ O desembargador Dirceu de Mello, igualmente citando Chrysólito de Gusmão, lembra que no Código de 1890 já se falava dos inconvenientes de se ter como presunção *juris et de jure* norma de tal natureza (ALMEIDA, Jorge Luiz de. Op. cit., p. 318).

discernimento que uma pessoa sã, daí exigir maior proteção. Ocorre que não há dúvidas sobre a natureza da presunção na hipótese da alínea “b”, pois o legislador a deixou clara, ou seja, admitiu a possibilidade de fazer prova a respeito da ignorância do agente em relação ao estado doentio da vítima, valendo dizer que criou uma presunção relativa.

Derradeiramente, colhe-se na doutrina outro argumento para a relativização da presunção, pugnando-se pela redução da idade limite em que a vítima atingiria legalmente a maturidade sexual⁵²². Isto ocorreu na passagem da Consolidação das Leis Penais para o atual Código Penal, quando houve redução de 16 (dezesesseis) para 14 (catorze) anos, reduzindo-a agora para 12 (doze) anos, a fim de, inclusive, compatibilizar com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece não existir capacidade de discernimento para pessoa até essa idade.

Modernamente, a doutrina⁵²³ também é pacífica no sentido de que se trata, de fato, de presunção relativa.

A matéria, porém, não é entendida da mesma forma na jurisprudência, prevalecendo na Suprema Corte a posição conservadora, no sentido de que se trata de presunção absoluta, não obstante as divergências existentes.

⁵²² Yordan Moreira Delgado argumenta que passados mais de 50 anos da entrada em vigência do atual Código Penal a atual legislação não se coaduna com os avanços sociais (meios de comunicação que invadem diariamente os lares, o surgimento da AIDS, dentre outros fatores), justificando-se, portanto, nova redução (Violência presumida no estupro e outros crimes contra os costumes. Aspectos controvertidos. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 29/30, jan. 1997).

No mesmo sentido Carlos Eduardo Ribeiro Lemos (Presunção de violência: vítima não maior de quatorze anos. Caráter relativo ou absoluto? *Revista Ciência Jurídica*, n. 74, p. 429, mar./abr. 1997).

⁵²³ Podem ser citados, dentre outros: Magalhães Noronha (Op. cit., p. 195); Julio Fabbrini Mirabete (Op. cit., p. 452); César Roberto Bitencourt (Op. cit., p. 69); Fernando Capez (Op. cit., p. 72); Ney Moura Teles (Op. cit., p. 54); Damásio Evangelista de Jesus (Op. cit., p. 88); Guilherme de Souza Nucci (Op. cit., p. 224); Nelson Hungria (Op. cit., p. 230); Heleno Cláudio Fragoso (Op. cit., p. 03); Paulo José da Costa Junior (Op. cit., p. 518).

De fato, o Supremo Tribunal Federal mantinha o entendimento de que a presunção da violência era absoluta, até que em 1996, em decisão que sinalizava para uma mudança de posição, da lavra do Ministro Marco Aurélio, no Habeas Corpus n.º 73.662 - MG, D.J.U. 20.09.96, adotou-se a corrente contrária à relativização da presunção, muito embora em votação apertada, aderindo à tese vencedora os Ministros Marco Aurélio, Maurício Correa e Francisco Rezek, vencidos os Ministros Carlos Veloso e Néri da Silveira.

EMENTA: ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO- VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.

Ressalte-se que mesmo o Ministro Maurício Correa deixou assentado que não estava generalizando a sua posição para outros fatos concretos, reservando-se ao direito inclusive de mudar seu entendimento.

Não obstante, o fato foi que nas várias decisões posteriores manteve-se a posição segundo a qual a natureza da presunção é absoluta quando a vítima for menor de 14 (catorze) anos, conferindo-se os acórdãos abaixo, em especial o relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, que faz menção direta ao Acórdão supra, que considerou isolado na jurisprudência da Corte Suprema.

O consentimento da vítima menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, caracterizadora do estupro, pois a norma em questão visa, exatamente, a proteção da menor considerando-a incapaz de consentir, não se afastando tal presunção quando a ofendida aparenta idade superior em virtude de seu

precoce desenvolvimento físico, ou quando o agente desconhece a idade da vítima (STF – HC – Rel. Ilmar Galvão – j. 17.12.1996 – RT 741/566).

O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro (STF – HC 74.580-6 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 07.03.1997, p. 5.403).

Presunção de violência – Vítima menor de 14 anos de idade – ‘Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual. A violência ficta, prevista no art. 224, letra a, do Código Penal, é absoluta e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF. Habeas Corpus indeferido’ (STF – 2ª T. – HC 72.265-5 – Rel. Néri da Silveira – j. 12.12.1997 – DJU 19.11.1999, p. 54).

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Estupro. Presunção de violência. Vítima menor de 14 anos de idade. 3. Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual. 4. A violência ficta, prevista no art. 224, letra ‘a’, do Código Penal, é absoluta e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF. 5. Por outro lado, não há nulidade no fato de não terem sido intimados os advogados cujo mandato fora revogado. 6. Habeas corpus indeferido. HC 72575/PE, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 03/03/00.

EMENTA: PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE, ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. Cód. Penal, artigos 213 e 224, a, CONSENTIMENTO DA VÍTIMA e EXPERIÊNCIA SEXUAL DESTA: IRRELEVÂNCIA. LAUDO PERICIAL FIRMADO POR APENAS UM PERITO OFICIAL. C.P.P., art. 159, redação da Lei 8.862, de 28.03.94. I. - O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e a experiência desta, não elidem a presunção de violência prevista no art. 224, a, do Cód. Penal, para a caracterização do crime de estupro. Cod. Penal, art. 213. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 74.700-PR, M. Corrêa, 2ª T. ‘DJ’ 09/05/97; RE 108.267-PR, Sanches, 1ª T., RTJ 130/802; HC 74.286-SC, Sanches, 1ª T., ‘DJ’ 04/04/97; HC 74.580-SP, Galvão, ‘DJ’ 07/03/97; HC 69.084-RJ, Galvão, RTJ 141/203. II. - Legitimidade constitucional da presunção de violência inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal: HC 74.983-RS, Velloso, Plenário, ‘DJ’ de 29.08.97. III. - Validade do laudo pericial firmado por um único perito oficial, dado que elaborado anteriormente à vigência da Lei 8862, de 28.03.94, que, dando nova redação ao art. 159 do C.P.P., estabeleceu que ‘os exames de corpo delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.’ IV. - H.C. indeferido. HC 76246 / MG. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO: DJ 20-04-2001.

EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do

agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir. HC 81268 / DF - DISTRITO FEDERAL. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. : DJ 16-11-2002

Percebe-se claramente, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não admite a exclusão da presunção da violência com base no argumento de que vítima tem maturidade ou é despidorada e sem moral sexual. De outro lado, contudo, a Suprema Corte admite a exclusão sob a justificativa do erro de tipo baseada na idade de vítima, ou seja, quando o agente supõe que a vítima tem mais de 14 (catorze) anos em função da precocidade do desenvolvimento físico, bastando conferir a seguinte decisão:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO. 1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria. 2. O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade. 3. Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em Habeas. 4. O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro. Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só fez após o trânsito em julgado. Negado provimento ao recurso. RHC 79788 / MG. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. DJ 17-08-2001.

Em suma, prevalece na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a presunção é absoluta e que cede lugar apenas quando há

erro de tipo consubstanciado, na suposição que o agente faz a respeito da idade da vítima, imaginando possuir mais de 14 (catorze) anos em face de suas condições pessoais.

13.3.2 *Presunções da violência em razão de alienação ou debilidade mental*

Trata-se de hipótese em que o discernimento e a capacidade de resistência inexistem por causas patológicas, ou seja, ser a vítima portadora de alienação ou debilidade mental. Em ambas as hipóteses o agente aproveita-se da incapacidade da vítima, sabendo de sua existência, conforme descrito na lei. Versa a presunção sobre matéria, portanto, que se admite prova em contrário. Dois são, assim, os requisitos básicos: a incapacidade da vítima em discernir sobre o ato sexual em razão de alienação ou debilidade mental e o conhecimento do agente.

A alienação mental pode ser de qualquer espécie. O débil mental é aquele que possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado, equiparando-se à inteligência de uma criança de pouca idade, incapaz de dar o seu consentimento válido para o ato sexual.

Como se trata de causa patológica, independente da idade, a doença deve ser constatada por meio de prova pericial.

13.3.3 *Presunção de violência por incapacidade de resistência*

Quando a vítima não for menor de 14 (catorze) anos ou portadora de doença mental, condições que lhe retirem o discernimento sobre o ato sexual praticado, bem como a capacidade de resistência, pode ocorrer que, por qualquer outra causa, isso também venha a ocorrer. Inúmeros exemplos podem ser citados. Entre eles estão a hipótese da enfermidade grave, embriaguez completa, narcotização e muitas outras. Nesse caso, a violência se presume quando ficar provado que a vítima estava absolutamente incapacitada de resistir ou discernir em razão de seu estado. Por outro lado, igualmente às alíneas anteriores, trata-se aqui também de presunção relativa, de modo que o agente pode fazer prova do contrário.

13.4 A (in)constitucionalidade da presunção legal de violência

Alguns doutrinadores repelem o emprego da presunção *in malam partem* no Direito Penal, sustentando que inexistiu recepção pela Constituição Federal de 1988, em função de confrontação com princípios penais básicos, como lesividade e responsabilidade penal subjetiva, sob o argumento de que, se o agente não praticou conduta adequada ao tipo penal descrito, a presunção de parte de sua conduta para ensejar a necessária adequação típica provoca caso de responsabilidade sem culpa, violando-se o princípio da responsabilidade penal subjetiva. Exemplificando, se agente não intencionou abusar sexualmente da vítima, praticando com ela relações sexuais forçadas, não se pode presumir que houve violência. Assim, se não há violência real o bem jurídico tutelado não foi ameaçado.

A presunção de violência nesses casos viola, desta forma, a presunção de inocência porque permite que se imagine uma parte da conduta do agente – sem a qual ela não seria típica – sendo ele, então, culpado – até que se prove o contrário – de uma coisa que sequer ele fez, mas, ao revés, que se presumiu.

Atenta também contra a responsabilidade sem culpa, visto que há presunção de parte da conduta típica, infringindo, assim, a necessidade de adequação subjetiva e objetiva da conduta ao tipo incriminador.

Atinge, igualmente, o princípio da lesividade, uma vez que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e, havendo consentimento válido da vítima para o ato sexual, não há lesão a qualquer bem jurídico enquanto não se demonstrar concretamente o contrário.

Por fim, ofende o Direito Penal do fato, já que o agente é punido não sobre o que efetivamente ocorreu no plano empírico, senão sobre o que o legislador presumiu.

Em resumo, ao estabelecer a lei a obrigação do julgador decidir, com base em presunção, sem necessidade de demonstração concreta do fato, impede-se o exercício do direito constitucional da ampla defesa do acusado, do qual apenas poderá negar a autoria, mas jamais negar a violência – inerente ao delito de estupro. De modo que o artigo 224 do Código Penal apresenta uma

inconstitucionalidade no que tange à presunção da violência e, desta feita, não foi o dispositivo recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Em conseqüência, a violência não pode ser legalmente presumida, havendo necessidade de que o órgão acusado, em primeiro lugar, descreva detalhadamente em que se consistiu e, depois, demonstre concretamente a sua ocorrência em quaisquer das hipóteses legais. Assim, deve provar que lhe faltava capacidade de resistência ou que não podia entender o sentido ético do ato, mesmo em relação aos portadores de doença mental e às crianças.

Na doutrina Luiz Flávio Gomes defende esse entendimento, conforme exposto em sua obra a respeito (Presunção de violência os crimes sexuais).

Já na jurisprudência é da lavra do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro a decisão que encampou totalmente essa posição, conforme se verifica abaixo.

A responsabilidade penal, consoante princípios constitucionais, é subjetiva. Não se transige com a responsabilidade objetiva e, muito menos, a responsabilidade por fato de terceiro. Além do mais, conseqüência lógica, impõe-se a culpabilidade (sentido moderno do termo), ou seja, reprovabilidade ao agente da conduta delituosa. Em conseqüência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é fenômeno ocorrente no plano da experiência. Existe ou não existe. Não se pode punir alguém por delito, ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato), o crime existe ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do Código Penal. Que se aumente a pena ocorrendo as hipóteses ali inseridas, tudo bem. Presumir violência é punir por crime não cometido. Em 'Direito Penal na Constituição', São Paulo, RT, 1990, p. 17, escrevi: 'Se a infração penal é indissociável da conduta, se a conduta reflete a vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Conseqüência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. O Código Penal, com a redação vigente da Parte Especial (*sic*), adotou a linha moderna. Depois de reeditar

que o crime é doloso ou culposo (art. 18), registra no art. 19: Pelo resultado que agrava especialmente a pena só responde o agente que houver causado ao menos culposamente'. Pune-se, insistindo, pela conduta. Não porque o legislador pressupõe fato! A sentença, na fundamentação, apoia-se no art. 224 do CP. Isso seria bastante para repeli-la. Escudou-se em argumento inconstitucional (STJ – REsp. 46/424-2 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Poder-se-á refutar todos os argumentos contrários lembrando dois aspectos concernentes à presunção: em primeiro lugar, não se cria fato criminoso ou parte dele por meio de presunção, pois esse procedimento não é destinado a inventar o que não existe, tarefa afeta às ficções. Consiste a presunção apenas num recurso para se descobrir a existência do fato desconhecido. Em segundo lugar, mesmo na hipótese de afastamento da presunção legal, e seguindo-se os caminhos orientados pela doutrina supramencionada, ainda assim necessitar-se-á, na maioria dos casos, do emprego da presunção para se concluir a respeito da ocorrência ou não do fato. Desta vez, a cargo do julgador, como não poderia deixar de ser, as hipóteses envolvendo menores de 14 (catorze) anos e também dos doentes com incapacidade leve, sem considerar o amplo leque de possibilidades decorrentes da letra “c” do referido dispositivo legal.

A presunção *hominis* e legal não se diferenciam na essência, mas apenas no intérprete. Se a defesa é contra o emprego da presunção, então nem o caminho apontado resolve, dado que, saindo da presunção legal, cai na presunção *hominis*. Ficando claro, portanto, de um lado, que a apontada inconstitucionalidade não tem base, e de outro, que o emprego da presunção é indispensável ao legislador e ao intérprete no plano do direito penal material.

Desse modo, a objeção da referida doutrina acaba sendo simplesmente relativa à presunção legal absoluta, a qual não permite prova em

contrário. Com isto se concorda no caso da presunção de violência, sendo necessário proporcionar ao agente a oportunidade de elidir a presunção estabelecida antecipadamente.

A presunção legal absoluta deve ficar reservada, como já se disse alhures, apenas aos casos em que a ofensa ao bem jurídico, pela sua gravidade, pela dificuldade de reparação, pelos danos difusos que podem provocar e pela impossibilidade de demonstrar individualmente a lesividade da conduta, exige a proteção antecipada, empregando-se a técnica jurídica correta para eliminar hipóteses de tutela indevida.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta a hipótese de inconstitucionalidade do artigo 224 do Código Penal por considerar que “não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual”, conforme decidiu o Ministro Sepúlveda Pertence no HC 81268 / DF - DISTRITO FEDERAL, supramencionado.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Veloso, no HC 74983 / RS, de 29-08-1997, explicita conforme segue:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA: FUNDAMENTAÇÃO. SENTENÇA E ACÓRDÃO: FUNDAMENTAÇÃO. MANDADO DE PRISÃO: RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A CONDENAÇÃO: REEXAME DE

PROVA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: ART. 224, a, DO CÓD. PENAL: LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. I. - Com a condenação do réu, fica superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. II. - Sentença condenatória e acórdão suficientemente fundamentados. III. - Os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão. IV. - Questões referentes ao regime de cumprimento da pena deverão ser submetidos ao Juízo das Execuções Penais. V. - A alegação de falta de justa causa para a condenação implicaria o reexame de toda a prova, o que não se admite nos estreitos limites do habeas corpus. VI. - A presunção de violência inscrita no art. 224, a, do Cód. Penal, porque não atentatória ao direito penal da culpa, tem legitimidade constitucional. VII. - H.C. indeferido.

Vale ressaltar também que a tese de inconstitucionalidade levantada não encontra respaldo no âmbito internacional, pois, como já apontado, nos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros há hipóteses de presunção nos crimes contra a liberdade sexual, em defesa de vítimas menores e de pessoas portadores de doença física ou mental ou que, por qualquer outra causa, não tenham discernimento e capacidade de resistência.

13.5 Aplicação da lei dos crimes hediondos aos casos de violência presumida

A lei 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, trouxe no rol do seu artigo 1º. as hipóteses de estupro e atentado violento ao pudor. Não fez o legislador qualquer distinção, ou seja, não distinguiu quaisquer de suas formas, tentada ou consumada, qualificada ou não, praticada por meio de violência real ou ficta.

Doutrina e jurisprudência inicialmente divergiram a respeito, chegando-se ao entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que

apenas a forma qualificada (artigo 223), com resultado de lesão grave ou morte, fosse o crime tentado ou consumado, caracterizar-se-ia realmente como hediondo.

Além disso, sobre a causa de aumento de pena prevista no artigo 9º. da referida lei, destinada, dentre outros, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor – na hipótese de serem praticados com presunção de violência – chegou-se ao entendimento de que a exasperação em metade da pena, conforme percentual legal, era inviável em função de provocar o *bis in idem*. Isto no caso de a violência ter sido presumida para gerar a elementar do crime e o emprego para aumentar a pena corresponderia à dupla punição do agente pelo mesmo fato.

Predominava nos Tribunais Superiores a orientação de que o estupro e o atentado, para serem considerados crimes hediondos, deveriam ser cometidos com violência real, dessa resultando lesão grave ou morte da vítima. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao julgar o *HC 81.288-SC*, em 17.12.2001, por maioria de votos (7 a 4), mudou sua orientação, decidindo-se que o crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Após essa relevante decisão, o Superior Tribunal de Justiça, adotando expressamente o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal, decidiu que o atentado violento ao pudor, mesmo no caso de violência presumida, é crime hediondo (*HC 19.221-PR*, Rel. Félix Fischer, j. em 7.2.2002).

O entendimento atual, especialmente do Supremo Tribunal Federal, baseia-se no sentido de que na lei não se fez qualquer ressalva e, portanto – seja a violência real ou presumida – a prática do estupro e atentado violento ao pudor são

considerados hediondos, devido igualmente ao aumento da pena e estando a vítima em qualquer das hipóteses do artigo 224 do Código Penal.

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. ACRÉSCIMO DA PENA EM FACE DA INCIDÊNCIA DO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REDUÇÃO CONCERNENTE À SEMI-IMPUGNABILIDADE DO PACIENTE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. Ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal consideram a não-ocorrência de bis in idem no reconhecimento da causa de aumento do art. 9º da Lei nº 8.072/90, em face de ser a vítima menor de quatorze anos, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor tipificado pela violência presumida (art. 224, alínea a, do Código Penal). Ausência de fundamentação na sentença condenatória quanto ao fator de redução da pena resultante do art. 26 do Código Penal, em face da semi-impugnabilidade do paciente. Habeas corpus deferido em parte. HC 76004 / RJ. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO. DJ 21-08-1998.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. O Plenário desta Corte, ao julgar o HC nº 81.288, rel. p/ o acórdão o Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001), firmou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve ser dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido. RHC 82098 / PR. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. : DJ 29-11-2002.

A Ministra Ellen Gracie, baseada em estudos sobre o estupro, ressaltou que a hediondez do referido crime emana das seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida. Ora, é forçoso reconhecer que tais conseqüências também emanam do estupro praticado com violência presumida. Por tal razão, ponderamos que a forma simples do estupro, ainda que cometido com violência presumida, é crime hediondo.

Recentemente, no julgamento do HC 82.959, pelo plenário da Suprema Corte, em decisão apertada (6 a 5), reconheceu-se aos réus condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime, afastando-se, portanto, a

norma que os obrigava a cumprir a pena integralmente no regime fechado. Essa decisão, entretanto, refere-se apenas ao direito à progressão de regime, não invalidando as demais previsões da Lei 8.072/90, dentre as quais o seu artigo 9º., que impõe causa de aumento de pena, mantendo-se íntegra a posição da Suprema Corte a respeito de sua aplicabilidade aos crimes contra os costumes praticados por meio de violência presumida.

14 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

14.1 Natureza jurídica do ente coletivo

Existem posições conflitantes a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Entretanto, o entendimento acerca da natureza jurídica desta se amparou nos estudos já sedimentados no âmbito civil – ramo do Direito em que a responsabilidade do ente coletivo, por ser fruto de estudos de longa data, inclusive do século XIX, já não significava mais novidade, sendo absolutamente aceita e servindo, portanto, como base também para os debates no âmbito penal, visto que a origem da discussão foi comum em essência.

Daí a razão das teorias de que se valem os penalistas para justificar a natureza jurídica do ente coletivo serem as mesmas que inicialmente surgiram para justificá-la no âmbito civil. Isto em função de, e principalmente, o fenômeno ser o mesmo, ou seja, busca-se o entendimento dessa criação jurídica, que é a pessoa jurídica, e suas implicações como sujeito de direitos.

Partindo-se, então, dessa constatação, é possível dizer que duas são as principais teorias concernentes à natureza jurídica da pessoa jurídica, quais sejam, a desenvolvida por Savigny, chamada de Teoria da Ficção e a outra construída por Gierke, denominada Teoria da Realidade.

14.1.1 Teoria da ficção

O fundamento básico da teoria da ficção reside no entendimento de que os direitos são prerrogativas somente conferidas aos homens, pessoas dotadas de vontade, de capacidade de ação e de decisão. Nesse contexto, somente os homens são verdadeiramente titulares de direitos, porque somente eles têm existência real, física e psíquica.

Quando, pois, se atribuem direitos a pessoas de natureza outra, estas pessoas são mera criação da *mente* humana, a qual supõe que elas sejam capazes de vontade e de ação e, dessarte, constrói uma ficção jurídica. De conceitos tais logicamente se infere que o legislador pode, livremente, conceder, negar ou limitar a capacidade dessas pessoas assim ficticiamente criadas, como pode conceder-lhes, apenas, a capacidade indispensável para o alcance dos fins em razão dos quais forem formadas. Enquanto, pois, a capacidade plena constitui a regra para as pessoas físicas, para as pessoas jurídicas é a incapacidade a regra e a capacidade a exceção⁵²⁴.

Dentro dessa concepção, assevera Sérgio Salomão Shecaira⁵²⁵:

[...] a realidade da existência da pessoa jurídica se funda sobre as decisões de um certo número de representantes que, em virtude de uma ficção, são consideradas como suas; e uma representação de tal forma, que exclui a vontade propriamente dita, pode ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação ao direito penal.

Para efeito de responsabilidade penal da pessoa jurídica, nota-se que essa teoria tem fundamento incompatível com o novo instituto, pois parte do pressuposto de que o ente não existe na realidade, sendo, portanto, impossível a sua punição no âmbito criminal.

⁵²⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 725.

⁵²⁵ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 86.

14.1.2 *Teoria da realidade*

Erigida como antítese à teoria da ficção, a denominada de realidade objetiva ou orgânica, atribuída a Gierke, sustenta que a vontade, pública ou privada, é capaz de criar, de dar vida a um organismo que passa a ter existência própria, distinta da de seus membros, elevando-o a sujeito de direito, real e verdadeiro, conforme ensina Vicente Ráo⁵²⁶.

Esclarece mais o mestre⁵²⁷, que de um modo geral e abstraindo-se as variantes que diversos autores lhe introduziram, a doutrina da realidade objetiva sustenta que:

[...] as pessoas jurídicas são pessoas reais, dotadas de uma real vontade coletiva, devendo ser consideradas como seres sociais em tudo equiparáveis (embora dentro de uma ordem diversa de fenômenos) às pessoas físicas, pois como estas nascem, vivem e se extinguem não por artifícios do Estado, mas por ação das forças sociais.

Washington de Barros Monteiro⁵²⁸ critica a teoria da realidade na medida em que ela se refere à vontade própria da pessoa jurídica. A vontade, diz ele, “é peculiar aos homens; como fenômeno humano, não pode existir num ente coletivo”.

⁵²⁶ Op. cit., p. 726.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 727.

⁵²⁸ Op. cit., p. 100

14.1.3 Teoria da realidade técnica ou jurídica

Como variante desta última, surge a teoria da realidade técnica ou jurídica, que acaba por assimilar verdades embutidas nas anteriores, antes não aceitas em face de seu caráter dominante, mas que, agora, mescladas, passam a conjuntamente significar e explicar com mais clareza o fenômeno jurídico.

De fato, se de um lado é possível aceitar, como lembra Monteiro⁵²⁹, que do ponto de vista físico e natural só a pessoa física é realidade, não passando tal aspecto de ficção para a pessoa moral, também é verdade que a noção de *personalidade, de sujeito de direito* é conceito que se extrai da ciência jurídica, que aprecia o fenômeno diversamente, mediante seus próprios critérios, e não conceito extraído das ciências naturais, que evidentemente, neste aspecto, jamais encontraria na pessoa jurídica semelhante atributo gozado pela pessoa física.

Assevera Rothenburg⁵³⁰ que dentre as variantes da teoria da realidade, a técnico-jurídica

[...] é aquela que permite tratar com mais desenvoltura da sujeição criminal ativa da pessoa jurídica, à medida que sustenta que 'pessoa jurídica' é um conceito normativo, que envolve imputação (atribuição) de situações jurídicas, sem limites outros que os determinados pela própria ordem jurídica. Havendo aqui espaço teórico e prático para a responsabilização criminal, bastaria que o Direito estabelecesse pressupostos (normativos) de imputação (atribuição) em relação à figura por entendida (normativamente) como 'pessoa jurídica'. É nesse sentido o raciocínio expendido quando falamos da ação na teoria do crime.

⁵²⁹ Ibid.

⁵³⁰ *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 142.

Em outras palavras, a sujeição da pessoa jurídica como sujeito ativo do crime depende apenas de determinação legislativa, não havendo qualquer empecilho dogmático, como lembra Cernichiaro e Costa Jr., bastando apenas ao legislador elaborar a lei⁵³¹.

No mesmo sentido pregou Hans Kelsen⁵³², para quem a capacidade delitual da corporação como pessoa jurídica é problema de atribuição, significado esta uma operação mental que pode ser realizada, mas que não necessariamente deve o ser. Kelsen não se afastou do entendimento de que o delito é um ato de conduta humana, todavia, admite que a conduta delituosa do indivíduo possa ser atribuída ao ente coletivo toda vez que aquele agir como órgão deste e autorizado pelo estatuto.

14.2 A pessoa jurídica e o crime

Como se sabe, no Brasil a responsabilidade penal da pessoa jurídica passou a ser objeto de estudo sistemático apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e mais propriamente com a entrada em vigência da Lei 9.605/98, que conferiu efetividade ao mandamento constitucional, estabelecendo os parâmetros de sua aplicabilidade.

⁵³¹ *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 137.

⁵³² *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 201.

De fato, o artigo 3º da referida lei, chamada Lei dos Crimes Ambientais, disciplinou a responsabilidade criminal do ente coletivo, apontando os requisitos indispensáveis, por exemplo, que a ofensa ao meio ambiente seja fruto de decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, e no interesse ou benefício de sua entidade.

Até então prevaleciam alguns dogmas penais, como a responsabilidade subjetiva, culpabilidade, personalidade da pena, exigência do elemento moral na conduta criminosa, que rechaçavam de forma absoluta a possibilidade de responsabilização criminal do ente coletivo, não obstante os vários modelos alienígenas existentes.

A introdução no ordenamento jurídico brasileiro da responsabilidade penal do ente coletivo, com *status* constitucional, e por isso mesmo inafastável, motivou que o tema ganhasse força e adeptos, surgindo, a partir daí, inúmeros trabalhos a respeito.

Permanecem, todavia, pontos controvertidos, residindo a grande discussão sobre a responsabilidade penal do ente moral na afronta principalmente aos institutos dogmáticos da ação, da culpabilidade e personalidade da pena, fulcrados na idéia tradicional da responsabilidade subjetiva, na capacidade de entendimento ético-jurídico e determinação volitiva adequada, a qual constitui pressuposto penal necessário da punibilidade.

Tal discussão já não é nova, existindo duas posições que vêm se digladiando a respeito, uma amparada no sistema romano-germânico, da *civil law*, e outra, no sistema anglo-saxão, da *common law*.

O primeiro não admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, podendo, contudo, eventuais infrações praticadas por seus responsáveis serem aplicadas diretamente ao ente moral, nos âmbitos administrativo e civil. Veja-se, aqui, a adoção da teoria da realidade, exceto para o âmbito penal, não havendo empecilho em se considerar a pessoa jurídica dissociada dos seus componentes, pessoas físicas. Vale dizer, admitindo-se plenamente a pessoa jurídica como sujeito de direitos, com personalidade jurídica própria.

Tal posicionamento vige nos países da Europa Continental e da América Latina, assentado no princípio da *societas delinquere non potest*.

O segundo, por outro lado, admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica sem as restrições da posição oposta. Vige o princípio do *societas delinquere potest*. São adotados pelos países da *common law*, dentre eles, os representantes mais expressivos são os Estados Unidos e a Inglaterra.

Ainda sobre os sistemas, Carlos Adérito Silva Teixeira⁵³³ aponta, no direito comparado, três modelos atinentes à responsabilidade penal da pessoa jurídica: 1) o que admite como regra a responsabilidade da pessoa jurídica (Estados

⁵³³ *Responsabilidade penal das pessoas colectivas em matéria de ambiente*. Policopiado-inédito. Lisboa/Portugal, 1997, p. 17/18 apud LECEY, Eládio. Op. cit., p. 43.

Unidos da América, Reino Unido, Canadá, Austrália, Holanda e Noruega); 2) não aceita tal responsabilidade, pelo menos no campo estritamente penal, como Itália, Alemanha e as antigas repúblicas socialistas; 3) consagra um “princípio da especialidade”, admitindo, a par do princípio geral da individualidade da responsabilidade penal, um quadro de situações definido expressa e casuisticamente pelo legislador, de responsabilidade penal das pessoas jurídicas, como ocorre em Portugal, França, Luxemburgo e Dinamarca.

14.2.1 *A Constituição Federal de 1988*

A responsabilidade penal da pessoa jurídica foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com *status* constitucional, pela conjugação dos artigos 173, § 5º e 225, § 3º, que rezam o seguinte:

Art. 173, § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A previsão constitucional, no entanto, que rompeu com o princípio do *societas deliquere non potest*, não é aceita com tranquilidade.

14.2.2 Argumentos contrários e favoráveis à criminalização do ente moral

De fato, Luiz Regis Prado⁵³⁴ sustenta que o texto constitucional, em verdade, numa interpretação sistemática, não introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, já que, quando tratou da responsabilidade penal e administrativa, a vinculou à prática de *condutas* e *atividades* lesivas ao meio ambiente, sujeitando-se o ente moral às sanções *compatíveis com a sua natureza*. Assim, claro restou que a expressão *atividade* estava dirigida à pessoa jurídica, enquanto *conduta* à pessoa física, pela razão lógica de que o ente moral não tem capacidade volitiva; de modo que, então, somente as sanções administrativas e cíveis são *compatíveis com a sua natureza*, e não as criminais, próprias dos seres humanos.

Por outro lado, porém, doutrinadores ambientalistas como Paulo Afonso Leme Machado⁵³⁵, Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁵³⁶ e Edis Milare⁵³⁷, reconhecem a responsabilidade penal do ente coletivo na Constituição. No mesmo sentido, os constitucionalistas José Afonso da Silva⁵³⁸, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁵³⁹. Penalistas como Vladimir e Gilberto Passos de Freitas⁵⁴⁰, Julio Fabbrini Mirabete⁵⁴¹, Paulo José da Costa Junior⁵⁴² e José Henrique Pierangeli⁵⁴³, igualmente, são do mesmo pensar, embora os três

⁵³⁴ *Curso de direito penal brasileiro*, p. 180.

⁵³⁵ *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 471.

⁵³⁶ *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 302.

⁵³⁷ *Direito do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 354.

⁵³⁸ *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 709.

⁵³⁹ *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 103/104.

⁵⁴⁰ *Crimes contra a natureza*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 62/63.

⁵⁴¹ Op. cit., p. 123

⁵⁴² *Direito penal ecológico*, p. 116/117.

⁵⁴³ A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 684, p. 176/183, 1992.

últimos adeptos da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, sem contar com os tratadistas na matéria, como Walter Claudius Rothenburg⁵⁴⁴, Sérgio Salomão Shecaira⁵⁴⁵ e Fausto Martin de Sanctis⁵⁴⁶.

14.2.2.1 O termo “atividade” no § 3º do artigo 225, da Constituição Federal

O argumento que deve ser combatido refere-se ao termo “atividade” inscrito no artigo 225, § 3º, como significante da atuação da pessoa jurídica, para diferenciar do termo “conduta”, dirigida à pessoa física. São dois os argumentos em sentido contrário.

Primeiro, o de que não há razões lógicas ou jurídicas para se interpretar que o termo *atividades* tivesse significado diverso de *condutas*.

Conduta, no sentido jurídico, como elemento do fato típico, significa a ação ou omissão praticada pelo indivíduo, destinada ao resultado criminoso. Já atividade sempre foi empregada para designar a ação, uma das formas de conduta. Atividade é a qualidade de ativo, que, por sua vez, significa aquele que atua, que exerce ação⁵⁴⁷, por isso se diz, p.ex., atividade criminosa.

⁵⁴⁴ Op. cit., p. 19/28.

⁵⁴⁵ Op. cit., p. 114/126.

⁵⁴⁶ *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 54.

⁵⁴⁷ FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. Op. cit.

E se assim é, pela mesma razão que a pessoa jurídica não poderia praticar conduta, também não poderia praticar atividade, uma das formas de conduta.

As expressões, portanto, foram usadas de forma sinônimas pelo legislador constituinte⁵⁴⁸, como, aliás, correntemente os doutrinadores a empregam⁵⁴⁹ e como um reforço⁵⁵⁰.

Mesmo que assim não fosse – e se acrescenta aqui um argumento irrefutável – no segundo, ainda que a expressão *atividades* tivesse sido colocada no dispositivo para diferenciá-la de *condutas*, próprias do ser humano, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não restaria afastada, antes, estaria confirmada, já que responderia ela por sua *atividade*, resultante em verdade da conduta de seus representantes.

Assim, o legislador estaria empregando terminologias adequadas às pessoas físicas ou jurídicas, mas impondo-lhes a responsabilidade criminal, administrativa e civil pelas lesões ao meio ambiente; sujeitando a pessoa jurídica às penas compatíveis com a sua natureza, ou seja, as restritivas de direito ou multa.

⁵⁴⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 118/119.

⁵⁴⁹ Heleno Cláudio Fragoso define ação como “atividade humana conscientemente dirigida a um fim” (Op. cit., p. 185).

Jair Leonardo Lopes conceitua ação humana como “simplesmente a atividade orientada no sentido de um fim” (*Curso de direito penal: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 106).

Hans Welzel diz que a “ação humana é exercício de uma atividade final” (*O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, apresentação e notas de Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27).

⁵⁵⁰ SILVA, Fernando Quadros da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a lei 9.605, de 13.02.1998 e os princípios constitucionais penais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 179, 2000.

14.2.2.2 *(In)compatibilidades do texto constitucional*

Outro argumento contrário à aceitação da responsabilidade penal do ente coletivo diz respeito à suposta incompatibilidade dos artigos 173, § 5º e 225, § 3º da Constituição Federal, com outros dispositivos do mesmo texto, que apontam para a responsabilidade penal individual, como por exemplo, os referentes à personalidade da pena, culpabilidade, etc. Também aqui não lhes assistem razões.

Com efeito, regras como “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV); “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI); “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII); “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV); “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII), apenas expressam, como esclarece Sanctis⁵⁵¹ a intenção do constituinte em garantir direitos individuais da pessoa física, tão violados em nossa história recente.

Não representam incompatibilidade alguma, pois as disposições constitucionais se interagem e, se o texto não contém disposições supérfluas ou desnecessárias, inexistente a hipótese de insubordinação de regra menor à regra maior, já que ambas são de mesmo grau, se equivalem.

⁵⁵¹ Op. cit., p. 62.

O que verdadeiramente ocorre, no caso, é uma excepcionalidade à regra geral, absolutamente válida no contexto da norma constitucional, isto é, a expressa contemplação da punição às pessoas jurídicas como exceção aos princípios relacionados aos institutos penais de natureza individual.

Shecaira⁵⁵², com muita propriedade lembra que a Constituição firmou como regra a responsabilidade penal em face da culpa, inexistindo sentido, assim, em se reafirmar o mesmo princípio geral em dois dispositivos específicos, nos capítulos “Da ordem econômica e financeira” e “Do meio ambiente”, pois a Carta Magna só aborda novamente o que dispôs como regra para modificá-la.

Esses *pontos de tensão normativa*⁵⁵³, apontando por Ariel Dotti e outros, resolvem-se pelo princípio da unidade hierárquico-normativa do texto constitucional.

Com efeito, a Carta Constitucional de um País não significa apenas o ponto de emanção do ordenamento jurídico, norma inicial e base de fundamento de validade e unicidade⁵⁵⁴ das demais. Significa, antes de tudo, que a compatibilidade de normas dentro do sistema deve partir dela própria, de forma a se constituir, na irradiação da unidade, o seu paradigma.

⁵⁵² Op. cit., p. 124/125.

⁵⁵³ Segundo Luis Roberto Barroso, tratam-se de proposições que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõem e que devem ser harmonizados pelo intérprete (*Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 183).

⁵⁵⁴ Princípio não admite uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas contrastantes entre si.

É sabido que as normas constitucionais, em razão de sua forma de elaboração como fonte, surgem do confronto dialético de idéias, aspirações, interesses, etc., provenientes de uma sociedade multifária, a que ao final são incorporados como fruto de um consenso e que guarda a sua validade e compatibilidade dentro do contexto, pela necessária unidade que deve conter.

O princípio da unidade, assinala Luis Roberto Barroso⁵⁵⁵ “é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas”. Para impedir que eventuais antinomias ocorram dentro do sistema, a ciência jurídica, acrescenta Barroso⁵⁵⁶:

[...] socorre-se de variados critérios, como o hierárquico e o da especialização, além de regras específicas que solucionam os conflitos de leis no tempo e no espaço. Conduto, à exceção eventual do critério da especialização, esse instrumental não é capaz de solucionar conflitos que venham a existir no âmbito de um documento único e superior, como é a Constituição. Mais que isso: do ponto de vista lógico, as normas constitucionais, frutos de uma vontade unitária e geradas simultaneamente, não podem jamais estar em conflito. Portanto, ao intérprete da Constituição só resta buscar a conciliação possível entre proposições aparentemente antagônicas, cuidando, todavia, de jamais anular integralmente uma em favor da outra..

Em outras palavras, não se aplicam na interpretação da Constituição, critérios como o da hierarquia das normas, porque todas são do mesmo nível, e nem aqueles referentes à solução de conflitos de leis no tempo e no espaço, porque a Carta revoga todas as disposições contrárias a ela e porque é aplicável em todo território. Deste modo, em seu bojo, somente o princípio da especialização pode ser aplicável, ou seja, aquele que confere supremacia da regra especial à regra geral, justamente porque “a norma que se relaciona mais direta e

⁵⁵⁵ Op. cit., p. 182.

⁵⁵⁶ Ibid., mesma página.

proximamente a um assunto tem preferência sobre aquelas que só indiretamente a abordam⁵⁵⁷.

14.2.3 *Conduta: inexistência de abolição do componente subjetivo*

A *conduta*, como componente do crime, está indissoluvelmente ligada ao ser humano em face de sua carga subjetiva representada pelo dolo ou culpa, próprios apenas dos seres dotados de razão.

Os entes morais, por sua vez, surgiram como decorrência do agrupamento de pessoas físicas em torno de uma causa comum, para a realização de objetivos que elas isoladamente não conseguiriam concretizar. A partir daí ganhou forma e personalidade jurídica própria, diversa da dos indivíduos que a compõem⁵⁵⁸. Assim, também a vontade do ente coletivo não se confunde com as vontades individuais dos seus integrantes.

Afonso Arinos de Mello Franco⁵⁵⁹ magistralmente traduziu a vontade autônoma da pessoa jurídica da seguinte forma:

⁵⁵⁷ SHECARIA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 123.

⁵⁵⁸ “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros” (art. 20 do Código Civil).

⁵⁵⁹ *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ypiranga, 1930, p. 53. No mesmo sentido Maria Celeste Cordeiro Leite Santos [A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125, 1999, v. 2 (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal)]; Sérgio Salomão Shecaira (Op. cit., p. 87); Nicolao Dino de Castro Neto e Ney de Barros Bello Filho (*Crimes e infrações administrativas ambientais*. Comentários à lei n. 9605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 59); Walter Claudius Rothenburg (Op. cit., p. 167), dentre outros.

[...] os sentimentos dos homens se dissolvem no total do sentimento do grupo, o qual, necessariamente, é diferente dos elementos particulares que o compõem. É um sentimento novo que se forma, peculiar a uma entidade abstrata, e que, muitas vezes, está até em franca hostilidade com o sentimento pessoal de uma das suas células componentes. Verifica-se então que este último, o sentimento pessoal, capaz de provocar ações individuais no indivíduo desligado do grupo, desaparece e cede lugar ao outro, ao sentimento coletivo, que é, também, capaz de provocar ações. Porém, como ambas as ações, a individual e a coletiva, se executam, objetivamente, por meio do homem, acontece que este poderá executar alguma, pela qual não seja responsável individualmente, porque ela é o resultado de uma necessidade coletiva.

A grandes corporações, segundo João Marcello Araújo Junior⁵⁶⁰, “possuem, no mundo dos negócios, uma vontade própria, que independe, muitas vezes, da vontade de seus dirigentes”. Trata-se da “política da empresa”, afirma, onde os “órgãos sociais atuam independentemente de ordem, pois esse atuar é orgânico da empresa, é uma vontade”.

O mesmo afirma o jurista português Marcello Caetano⁵⁶¹, no sentido de que “quando alguém atua em nome alheio ou tem de conformar a sua conduta com interesses de outrem, nos quais deve exclusivamente se inspirar, a vontade que exprime, embora formada num indivíduo, não é individual, é uma vontade funcional”.

Como regra, entretanto, a vontade da empresa coincide com as destes próprios, não se podendo dizer, todavia, que se confundam, porque guardam autonomia entre si.

⁵⁶⁰ *Societas delinquere non potest*. Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord). Op. cit., p. 91.

⁵⁶¹ *Manual de direito administrativo*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 179 apud SILVA, Fernando Quadros da Silva. Op. cit., p. 167.

Do mesmo pensar é Franz von Liszt⁵⁶², ao concordar com a responsabilidade do ente coletivo, justificando que, da mesma maneira que essa sociedade contrata e que, dentro dos contratos, se podem realizar ações leoninas, fraudulentas e dolosas, também se podem realizar ações criminosas. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas, além de ser possível, é também conveniente, porque juridicamente as condições da capacidade de agir das sociedades em matéria penal não são fundamentalmente distintas das exigidas pelo direito civil ou direito público.

A vontade da pessoa jurídica, portanto, é autônoma e institucional, e no plano jurídico tem amparo porque se parte da própria aceitação de existência do ente coletivo como uma ficção jurídica (ou realidade jurídica). Assim, se o ente coletivo tem reconhecimento como uma realidade jurídica, já que no plano natural somente a pessoa física tem existência, não se pode deixar de reconhecer que esse ente jurídico, ou seja, essa ficção jurídica, também é dotada de uma vontade fictícia que se manifesta juridicamente. A vontade autônoma e institucional da pessoa jurídica, embora seja possível se constatar no aspecto fático, é decorrente de uma ficção jurídica, na medida em que é manifestação de um ente igualmente fictício, mas que tem existência jurídica. Em resumo, a pessoa jurídica tem vontade fictícia reconhecida juridicamente.

É certo, por outro lado, que o ente coletivo, por não ter existência natural, sendo, portanto, uma criação jurídica, como se diz, se apresenta incapaz de

⁵⁶² *Tratado de derecho penal*. 2.ed. Tradução de Luis Jiménez de Asúa e adição de comentários sobre direito penal espanhol por Quintiliano Saldaña. Madri: Réus, 1927, t. 2. apud PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Op. cit., p. 131.

exteriorizar sua vontade fictícia, dependendo, à evidência, dos indivíduos que a compõem⁵⁶³.

Assim, quando se afirma que a pessoa jurídica tem vontade própria, não se arreda do clássico entendimento no sentido de que o ilícito penal decorre da conduta humana finalisticamente orientada, já que, tanto a decisão de sua prática quanto de sua execução, dependem de comportamentos só afetos aos seres humanos, mas sim que aquela vontade, aquela consciência e respectivas exteriorizações, não são individuais, embora humanas, pois representam a vontade fictícia do ente coletivo, como já visto.

A pessoa jurídica, portanto, vincula-se subjetivamente ao ilícito por meio de sua vontade fictícia, extraída das vontades individuais de seus representantes, inexistindo, então, ofensa à responsabilidade subjetiva.

A nota característica de tais comportamentos humanos é a de que, além de gerar responsabilidade própria (afinal, a pessoa física tem discernimento, dominando, portanto, as conseqüências de seus atos), podem também provocar a atribuição jurídica ao ente que representam, pois se trata de uma “ação institucional”.

⁵⁶³ Os autores refratários, sem exceção, têm na incapacidade de ação o principal argumento para não aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *“La persona jurídica no tiene una conciencia y voluntad en sentido psicológico y similar, por tanto, a la de la persona física. La persona jurídica carece, por ello, de capacidad de acción o de omisión en el sentido del derecho penal”* (MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. 2, p. 68).

No mesmo sentido: Miguel Reale Junior [A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137/140]; Jesús-Maria Silva Sánchez (*Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español*. In: Ibid.); Sheila Jorge Selim de Sales (*Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal?* In: Ibid), dentre outros.

É o sistema da dupla imputação, em que se considera a pessoa jurídica e física como realidades distintas, cada uma com sua personalidade jurídica própria.

Há a imputação jurídica do fato praticado concretamente por meio da pessoa física à pessoa jurídica, justamente porque a conduta criminosa representa a vontade fictícia desta última. E só assim pode existir a responsabilização criminal do ente coletivo, já que, se o comportamento humano não reflete a sua vontade fictícia e/ou se não está atuando em seu proveito ou benefício, só pode ser responsabilizada a própria pessoa física.

Nem se diga sobre a possibilidade de se criar tipos penais destinados exclusivamente às pessoas jurídicas, vale dizer, que a descrição típica verse sobre prática delituosa, cuja afetação só pode atingir o ente coletivo.

Exemplos existem (art. 13 da Lei 4.511/64; art. 73 da Lei 4.728/65; art. 44, § 7º da Lei 4.595/64; art. 6º da Lei 4.729/65; artigo 80 da Lei 6.435/77), citando-se pedagogicamente um deles, qual seja, o relativo à Lei 8.213, de 24.07.91 (dispõe acerca da Previdência Social), que em seu artigo 19, § 2º prescreve que “constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho”..

Fácil notar que o endereçamento típico é direto à pessoa jurídica, a quem estão vinculadas as normas de segurança e higiene do trabalho. Vale dizer, somente às pessoas jurídicas são endereçadas as normas de segurança e higiene

do trabalho, pois ao ser humano individual, isolado, ou mesmo que reunido, mas sem o vínculo laboral, não há obrigatoriedade de cumprimento da exigência.

No modelo estrangeiro, o exemplo marcante é o francês, que se tornou inclusive paradigma para o brasileiro.

Diz o art. 121-2 do Código Penal francês:

As pessoas jurídicas, com exceção do Estado, são penalmente responsáveis segundo as disposições dos arts. 121-4 a 121-7 e nos casos previstos pela lei ou regulamento, pelas infrações cometidas, por sua conta, por seus órgãos e seus representantes.

Segundo Jean Pradel⁵⁶⁴, adotou-se na doutrina e jurisprudência francesa a *responsabilidade por reflexo ou ricochete*, onde se reconhece o elemento subjetivo (dolo ou culpa) somente na pessoa física, sendo a responsabilidade da pessoa jurídica imputada por tabela.

Clara imputação normativa, como se pode observar, com o que, inclusive, não parece discordar totalmente Luiz Regis Prado⁵⁶⁵, ao confrontar a legislação brasileira com a francesa, justificando a inaplicabilidade daquela na inobservância de algumas regras estipuladas nesta, como uma lei de adaptação e a especificidade de previsão nos tipos penais.

⁵⁶⁴ A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo n. 24, p. 51/55, 1996.

⁵⁶⁵ Op. cit., p. 178/181.

Enfim, não há qualquer impedimento legal ou de natureza dogmática em se criar a vontade da pessoa jurídica de forma fictícia. A função da ficção é justamente permitir ao legislador disciplinar determinadas matérias que não têm representação concreta ou cuja realidade fática é diversa. Dessa forma, ou se cria juridicamente algo que não existe ou de forma diversa da realidade.

O emprego da ficção jurídica é comum no âmbito do Direito Penal, para, por exemplo, impor ao agente situação mais gravosa que a real, como no caso do erro sobre a pessoa, em que se responde segundo as condições da vítima virtual e não da real. Além disso, também atua na equiparação dos crimes de tráfico de entorpecentes aos hediondos, na equiparação de trabalhador em empresa contratada pela administração direta a funcionário público, ou mesmo criando de forma fictícia a violência nos crimes contra os costumes.

Não bastasse, não se pode olvidar que o Direito Penal reconhece a existência da pessoa jurídica, seja pública ou privada, em inúmeras passagens, sendo pedagógico citar o artigo 7º. do Código Penal, no qual se define a aplicabilidade da lei brasileira, em que o legislador desfilou o rol de pessoas jurídicas de direito público e privado, mencionando a União, Distrito Federal, Município, empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo poder público.

14.2.4 *Culpabilidade: a reprovabilidade coletiva e a imputabilidade como elemento prevalecente*

A censurabilidade de um comportamento criminoso exige apreciação subjetiva, inata ao ser humano, pois dotado de vontade e capacidade de discernimento.

A conduta e a culpabilidade são tidas como a condição imprescindível para a concretização do crime e aplicação da pena, já que ligados à execução do comportamento criminoso e a sua reprovabilidade, próprios dos seres humanos – pessoas físicas – e não das pessoas jurídicas, pois somente aqueles são capazes de pensar, agir e entender a reprovação do ato.

No que tange às pessoas jurídicas, então, em função de não serem dotadas de vontade, de querer e de sentir, são incapazes de ação e culpabilidade, devendo recair a infração sobre as pessoas físicas que a compõem.

Não se pretende negar que a capacidade de ação e culpabilidade são próprias do ser humano, nas bases em que são assentadas, mas sim afirmar que a pessoa jurídica, embora sabidamente não possa agir e sentir, detém capacidade própria de vontade e reprovação, que, se reconhecida normativamente, possibilita sua sujeição criminal autônoma em face dos atos praticados por seus representantes, colocando-a, assim, na condição de sujeito ativo da infração.

O raciocínio aplicável não foge daquele que foi elaborado para justificar a responsabilidade da pessoa jurídica por ocasião do exame da conduta, ou seja, de que, apesar de o fato criminoso decorrer da atuação ou não dos *presentantes* do ente coletivo, o combustível desse acontecimento, vale dizer, a motivação que direciona a conduta dos executores não é a mesma motivação individual de cada um deles, mas sim um produto independente e diferente, pertencente ao ente moral e menos às pessoas físicas.

Em outras palavras, a capacidade de compreensão extraída do corpo que representa a pessoa jurídica não se confunde com a particular de cada uma das pessoas físicas que o integram. Por este motivo se pode afirmar que o ente moral tem uma capacidade de compreensão própria, não própria do indivíduo considerado isoladamente, mas dela decorrente porque tem nos indivíduos a sua origem. “É nesse contexto (e só nesse contexto) que a empresa tem uma vontade, uma vontade pragmática, que desloca a discussão do problema da vontade individual para o plano metafísico”⁵⁶⁶.

Tem-se buscado, segundo Tiedemann, uma culpabilidade própria para a pessoa jurídica⁵⁶⁷, a coletiva independente da individual, baseada em critérios diversos, como vantagem econômica que a empresa obtém de sua atividade

⁵⁶⁶ SHECARIA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 94.

⁵⁶⁷ Obtempera Bernardo Sánchez entendendo que “*la única solución para evitar un inadecuado trato igualitario de estados de cosas esencialmente desiguales parece ser una construcción alternativa de la culpabilidad penal. Pero esa propuesta todavía no existe como ya he señalado. No se trata de negar la posibilidad de su existencia o su imposibilidad ontológica, sino simplemente de constatar que, por ahora, no hay alternativa*” (Op. cit., p. 32).

delituosa⁵⁶⁸ (Lei Federal Suíça sobre imposto federal direta, de 1990); a idéia de *riesgo*⁵⁶⁹ da atividade da empresa para legitimar sua responsabilidade penal ou para justificar a imputação dos delitos de seus representantes (Paliero, Suárez Gonzáles) ou mesmo a falta de organização da empresa como legitimador de uma responsabilidade dos agrupamentos⁵⁷⁰. Tal fato permite, assim, a imputação da culpa individual dos dirigentes à empresa, orientação que tem encontrado aceitação na literatura alemã (Otto) e em parte da doutrina e jurisprudência espanhola (Zugaldía). Trata-se de uma tendência observada em numerosos ordenamentos jurídicos compreendidos na Comunidade Européia de querer alcançar uma categoria própria de culpa das empresas.

Traçando um paralelo, a reprovação existente em decorrência de ilícitos civis e administrativos, nenhuma diferença ontológica guarda em relação àquela dirigida à conduta criminosa, pois a tutela penal delas não se iguala, em tese,

⁵⁶⁸ Trata-se de uma categoria nova que a jurisprudência portuguesa e as propostas da Comunidade Européia chamam de “responsabilidade própria da empresa”, que é também conhecida na Austrália e está consubstanciada na redação final do Model Criminal Code americano de 1992, e nos Projetos suíço, belga e canadense, de 1993, de Código Penal (ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Op. cit., p. 92).

⁵⁶⁹ A responsabilidade pelo risco, espelhada no Direito Civil, afirma David Baigún, trata-se daquela decorrente dos riscos e perigos que o atuar do sujeito originam, ainda que coloque de sua parte toda a diligência necessária para evita-los. São exemplos: o transporte oneroso de pessoas; a contaminação do meio ambiente; a execução de tarefas em condições insalubres; o acidente de trabalho, etc. Cabe agregar, diz Baigún *“que para solución de la mayoría de esos supuestos se acude a la variante del riesgo-beneficio, pues se entiende que el sujeto que obtiene el provecho de una cosa o de una actividad debe cargar también con los riesgos que esa cosa o actividad crea, nota, esta cierto, de llamativa similitud con el interés económico de la acción institucional típica [...]”* (La categoría responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 300, 1997).

⁵⁷⁰ Para Bernardo J. Feijóo Sánchez (Op. cit., p. 29) Tiedemann *“ha vinculado la responsabilidad por organización con un modelo de responsabilidad anticipada de acurerdo con el cual se deben entender como delitos de la asociación aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de adopción de medidas de precaución necesarias para garantizar negocios ordinarios o no delictivos. De esta manera, los hechos individuales deben entenderse como delitos de la persona jurídica en virtud de ese ‘defecto de organización’ que consiste en la omisión previa de los preparativos necesario para evitar los hechos individuales que en realidad lesionan o que atentan directamente contra el bien jurídico. El ‘injusto’ de la persona jurídica consiste en la inexistencia de medidas de control, organización o vigilancia”*.

apenas em relação aos bens jurídicos protegidos⁵⁷¹. Mas, mesmo aqui, tal verdade está apenas no plano das idéias, pois verdadeiramente é a norma jurídica que define os níveis de tutela, sem contar, como afirma Herman Benjamin⁵⁷², que a prevenção não está jungida ao terreno da responsabilidade civil, antes vê um certo conteúdo reparatório no regime de sanções penais e administrativas.

Tupinambá Pinto Azevedo⁵⁷³, a respeito da objeção da responsabilidade penal da pessoa jurídica, lembra que, embora as atividades ilícitas, tanto penais quanto civis (e se pode incluir aí também a administrativa), resultassem de uma livre determinação do autor, nunca se opuseram óbices à responsabilidade civil das empresas.

Partindo, então, dessa premissa, a atribuição da censura à pessoa jurídica, vale dizer, a imputabilidade da reprovação ao ente moral, por obra de seus representantes, fica, igualmente, reduzida à vontade normativa⁵⁷⁴, caracterizando-se, portanto, uma ficção jurídica.

Rothenburg⁵⁷⁵ afirma que a imputabilidade, e com ela toda a culpabilidade, deve ser pensada em termos estritamente normativos, para além de elementos biopsicológicos, que só na pessoa natural podem existir.

⁵⁷¹ O jurista argentino Julio Cueto Rua diz que “a sanção penal e a sanção civil partilham da mesma essência, sendo diferenciadas apenas em aspecto secundário, ou seja, a finalidade da pena, compensatória, em um caso, e preventivo-retributivo, em outro” (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, p. 134 apud SILVA, Fernando Quadros da. Op. cit., p. 166).

⁵⁷² Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: CONGRESSO Nacional do Ministério Público, 1998, Fortaleza, *Ministério Público e democracia*. Livro de Teses, 1998, t. 2, p. 395.

⁵⁷³ Pessoa jurídica: a ação penal e o processo na lei ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, 1998, p. 108.

⁵⁷⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit., p. 185.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 185.

Tiedemann⁵⁷⁶, sobre a possibilidade de imputação a uma pessoa jurídica da culpa de outra pessoa, no caso os seus representantes, esclarece, ao tratar da culpabilidade coletiva⁵⁷⁷:

Introduzir por via legislativa tal conceito de culpabilidade coletiva ou de agrupação, ao lado da culpabilidade individual tradicional, não é impossível segundo o ponto de vista ideológico que reserva a responsabilidade na sociedade aos indivíduos. Não negaremos que este ponto de vista individualista é possível. Mas admitiremos também que para isso é forçado considerar, ao menos em direito penal, as pessoas morais e outros agrupamentos como puras ficções, consideração dificilmente compatível com o enorme poder sobretudo das empresas multinacionais.

João Marcello de Araújo Junior⁵⁷⁸ faz, ainda, a seguinte colocação no sentido de estabelecer a culpabilidade da empresa em termos normativos:

Se encarmos a culpabilidade por um conceito normativo, o obstáculo desaparece e, se, mais do que isso, entendermos a culpabilidade de um ponto de vista funcionalista, ao contrário do obstáculo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica será uma exigência insuperável. O funcionalismo jurídico-penal de Jacobs, tão combatido no plano do Direito Penal comum tradicional, por parecer excluir a idéia de proteção imediata a bens jurídicos, ajusta-se perfeitamente ao Direito Penal Econômico, pois neste o que se protege é a ordem pública econômica, ou seja, a tutela jurídica é dirigida à norma que estrutura e faz funcionar a economia numa determinada sociedade e num determinado modelo de Estado.

Dentro desse quadro, complementa Assis Toledo⁵⁷⁹:

[...] o *nullum crimen nulla poena sine lege*, o *direito penal do fato* e a *culpabilidade do fato* alinham-se, como colunas de sustentação de um sistema indissolavelmente ligado ao direito penal de índole democrática.

⁵⁷⁶ *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord). Op. cit., p. 38.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁷⁸ Op. cit., p. 96/97.

⁵⁷⁹ Op. cit., p. 253.

No qual “a culpabilidade da pessoa jurídica surge sem problemas teóricos, possibilitando ao Direito Penal realizar a imputação aos graves delitos praticados pelos entes coletivos”⁵⁸⁰.

Em conclusão, partindo-se da premissa de que efetivamente a reprovação ético-jurídica, no campo da culpabilidade, não se faz independente de qualquer consideração humana, vez que as resoluções fáticas oriundas da pessoa jurídica decorrem das pessoas físicas que as representam, mas sim é a censura sobre o fato que determina, com primazia, a culpabilidade penal. A atribuição dessa reprovação ao ente coletivo resolve-se normativamente por meio de ficção, como de resto também os demais elementos da culpabilidade, de índole psicológica vinculados à pessoa física. Por exemplo, o modo de ser, conduta de vida, personalidade, visto que perdem relevância em detrimento do fato em si praticado – objeto primordial de análise da culpabilidade, pois é ele que “dará os concretos e definidores limites para a atuação do Estado na esfera penal”⁵⁸¹.

14.2.5 *Personalidade das penas*

Uma das características da pena é a sua personalidade, ou pessoalidade, que inclusive se enquadra em sede constitucional (art. 5º, XLV, primeira parte, da CF) e que significa a impossibilidade de se estender a terceiras pessoas a imposição da pena. Tal princípio, todavia, encontra na própria norma

⁵⁸⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 125.

⁵⁸¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 252.

constitucional uma exceção, qual seja, a pena de perda de bens (art. 5º, XLVI, b), permitindo expressamente que a decretação do perdimento de bens possa ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. 5º, XLV, segunda parte, CF).

Essa característica de intransferibilidade da sanção se trata de um dos argumentos, improcedentes, diga-se, para se afastar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sob o fundamento de que a punição dirigida ao ente coletivo atingiria inocentes, como sócios minoritários ou ausentes.

Com efeito, as penas aplicáveis aos entes coletivos lhes são dirigidas com exclusividade, inexistindo, aí, a responsabilidade penal objetiva, visto que nenhuma pessoa física será processada ou obrigada a cumprir a pena daquela, senão naquilo que se referir aos seus próprios atos ou aos de outros indivíduos a que estiver vinculada.

Os reflexos da punição à pessoa jurídica, sentida pelos sócios sem culpa, são iguais aos que acabam também sentindo os familiares do condenado privado de liberdade ou desapossado de seus bens, tanto é que, como ressaltou Shecaira⁵⁸², o próprio legislador, com a finalidade de atenuar tal consequência, criou o auxílio-reclusão para a família do preso, hoje de natureza constitucional (art. 201, I).

⁵⁸² Op. cit., p. 89.

14.2.6 *Inaplicabilidade da pena privativa de liberdade*

Em verdade, a impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade à pessoa jurídica, antes de corresponder a alguma incompatibilidade constitucional ou legal já que diversamente existem outras previstas expressamente, tanto na Constituição como nas leis infraconstitucionais – na sua maioria, aliás, aplicáveis perfeitamente ao ente coletivo, como a maioria das restritivas (suspensão de direitos, prestação de serviços à comunidade, etc.) e multa – significa sim um avanço. Isto pois sabidamente a privativa de liberdade é considerada uma pena falida, só aplicável em situações excepcionais como *ultima ratio*, podendo-se citar as medidas despenalizadoras referentes aos institutos da transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89), criados pela Lei 9.099/95, chamada de Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

14.2.7 *A incapacidade de arrependimento*

As finalidades básicas da pena são a reprovação, a prevenção e a ressocialização. Em nenhuma delas, no entanto, há a condicionante do arrependimento, isto é, não se tem como objetivo explícito que o infrator se arrependa, embora evidentemente isto possa ocorrer.

Em épocas como a da Inquisição, todavia, porque fundada em crenças religiosas e morais, e cujo objetivo precípua era o de eliminar o exemplo negativo, o arrependimento poderia evitar a própria morte.

A legislação brasileira, por sua vez, aborda o arrependimento posterior⁵⁸³ no Código Penal como causa de diminuição de pena, de modo que, claramente, a possibilidade do infrator se arrepender do crime praticado, embora benéfico, não se constitui em finalidade da pena.

14.2.8 *(Im)possibilidade às pessoas jurídicas de direito público*

As pessoas jurídicas de direito público dividem-se em: 1) Direito público externo, regidas pelo Direito Internacional – nações estrangeiras, a Santa Fé e os organismos internacionais; 2) Direito público interno, que são a União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações públicas e partidos políticos.

Grande controvérsia tem gerado a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, com base, de um lado, no silêncio da legislação e conseqüente tratamento isonômico em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado, levando o intérprete, então, a admiti-la, e, por outro lado, a titularidade do *jus puniendi* pelo próprio

⁵⁸³ “Art. 16 Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

Estado, que torna incompatível a sua presença nos dois pólos, como sancionador e como sancionado.

Os argumentos contrários⁵⁸⁴ à responsabilização são: 1) o Estado detém o monopólio do direito de punir, não devendo sancionar a si próprio; 2) a punição penal do Poder Público, que tem a incumbência de defender e preservar o meio ambiente, provocaria a socialização da pena, ou seja, ocorreria a dupla punição da sociedade, pois sofreria o dano e arcaria em termos reais com os custos das penalidades; 3) algumas das penas previstas, como a liquidação forçada, p.ex., não seriam aplicáveis, e outras ineficazes, como a prestação de serviço à comunidade, visto que por natureza tal finalidade está ínsita no Poder Público; 4) as pessoas jurídicas de Direito Público só podem perseguir fins que alcancem o interesse público.

Vários, em outra esteira, são os juristas⁵⁸⁵ que admitem a responsabilização da pessoa jurídica de direito público, pelos motivos apresentados adiante.

⁵⁸⁴ Nesse sentido: Sérgio Salomão Shecaira (Op. cit., p. 142/143); Fausto Martin de Sanctis (Op. cit., p. 105/118), Fernando Quadros da Silva (Op. cit., p. 184); Guilherme José Purvin de Figueiredo e Solange Teles da Silva (Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na lei 9.605/98. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 25, p. 133/135, 1999); Vladimir e Gilberto Passos de Freitas (Op. cit., p. 65); Édis Milaré (Op. cit., p. 357), dentre outros.

⁵⁸⁵ Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (Op. cit., p. 125/126); Ney de Barros Bello Filho (Op. cit., p. 62/65); Tupinambá Pinto de Nascimento Azevedo (Op. cit., p. 108); Walter Claudius Rothenburg (Op. cit., p. 212/217); José Roberto Marques (Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 182, 2001); Paulo Affonso Leme Machado (Op. cit., p. 594/595).

No que tange ao direito de punir, desde logo já fica claro que estando o *jus puniendi* vinculado ao Estado soberano⁵⁸⁶, não estaria impedida a punição em relação aos demais entes, como município, autarquias, fundações e partidos políticos.

Esta, inclusive, é a opinião de Régis Prado⁵⁸⁷, para quem o termo pessoa jurídica deve ser entendido no sentido lato, excluindo-se apenas o Estado em si, porque a lei não faz distinção alguma entre pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Porém, mesmo aqui é possível adotar interpretação mais ampla, porque em verdade o Estado, detentor do *jus puniendi*, embora uno em sua essência, somente ganha concretização a partir de uma decomposição sem a qual não seria possível a sua existência, notadamente em se tratando de Estado de Direito, social e democrático. Assim, agrupado em poderes distintos, com independência para atuar dentro do sistema harmônico a que estão integrados, não há confusão entre o Estado legislador, Estado administrador e Estado julgador, cada qual devendo cobrar do outro o cumprimento legítimo e lícito das competências que lhes são inerentes.

⁵⁸⁶ Marilusse Daher, como defensora da corrente oposta à responsabilização, sustenta que é notória a impertinência visto que “não se expõe a guardiã ao perigo de deixar a mercê de outras influências ou de outros inimigos, seus tutelados: o povo, o território, a nação. Nem se há de desprovê-la de mecanismos capazes de assegurar aquelas garantias de todos, como constitucionalmente previstas” (*Pessoa jurídica criminosa*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/pjcrimirt.html>>. Acesso em: 04 out. 2000).

⁵⁸⁷ Op. cit., p. 182.

Diz Bello Filho⁵⁸⁸ que:

[...] a diluição da própria força e poder do Estado, permitindo-se que fação dele próprio – a Justiça – puna o todo representado pela faceta administrativa, é traço contemporâneo de um ente público que já não se personifica na pessoa de um Rei ou Imperador.

Tanto isso é verdade que nos âmbitos civil e administrativo nenhum óbice existe concernente à responsabilização da União, por atos de seus representantes.

Relativamente à inadequação de algumas penas, repete-se, em parte, o mesmo raciocínio para o reconhecimento da própria responsabilidade da pessoa jurídica, visto que se algumas delas realmente são inaplicáveis no momento, como a liquidação ou suspensão de atividades, em alguns casos, outras existem e são perfeitamente executáveis⁵⁸⁹, como a multa, interdição de obras ou atividades, proibição de contratação, etc. Isto se deve ao fato de não demandarem a paralisação, ainda que parcial, da Administração Pública, ou mesmo a sua inviabilização.

A questão da socialização da pena também não parece ser óbice, já que, em verdade, o seu cumprimento representa benefício à sociedade, e não o contrário. Diante de uma degradação ambiental, o município é condenado a

⁵⁸⁸ Op. cit., p. 64.

⁵⁸⁹ “Quanto à adequação das penas, a questão se apresenta de fácil resolução, já que o direito penal não se reduz apenas às penalidades de execução pessoal, quais sejam: penas privativas de liberdade (penas de reclusão, detenção, prisão simples). Há também sanções de restrição a gozo de direitos; de aplicação de multas e até de fechamento compulsório de estabelecimento. A própria Lei 9.605/98 em seu art. 23 colaciona e adapta as penas à realidade das pessoas jurídicas em geral”. (SANTOS, Marcos André Couto. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público por dano ambiental: uma análise crítica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, p. 122, 2001).

executar obras de recuperação ou então interditar a atividade poluidora. Pergunta-se: onde está o prejuízo para a população? Ainda que não haja necessidade, dependendo da pena, de realizar despesas provenientes, em última análise, da sociedade, por meio do pagamento dos tributos, ainda assim não haveria mal, apenas benefício.

Por fim, o último argumento, mais delicado, é o da pessoa jurídica de direito público interno não poder ser responsabilizada porque o dispositivo legal exige que a infração seja praticada no seu interesse ou benefício. E, como a finalidade de tais entes é sempre o interesse público, não haveria como configurar a hipótese legal no caso de um delito, devendo recair a responsabilidade tão somente nas pessoas físicas responsáveis pela infração e pelo seu cometimento.

Vale, no caso, a lição de Hugo Nigro Mazzilli⁵⁹⁰ sobre a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário.

Retendo a idéia de interesse público como aquele da coletividade como um todo, Mazzilli alerta, na distinção entre o interesse público primário (o interesse do bem geral) e interesse público secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público), que nem sempre são a mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da administração, possa não coincidir com o efetivo interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera presunção ou ficção supor não devesse esta descoincidência ocorrer. Com efeito, quando a administração se decide a construir uma hidrelétrica e inunda milhares de alqueires de floresta ou de terras produtivas, quando se decide a construir uma usina atômica ou um aeroporto num terreno que a seu ver seria mais propício, ou, em casos mais extremos, quando o governador coloca um país em guerra –

⁵⁹⁰ *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 03.

nem sempre essa decisão significará, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governadores que se sucedem, alteram decisões, revêem planos e abandonam projetos encetados pelos que os antecederam. O verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, que é o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo.⁵⁹¹

Como se verifica, então, é perfeitamente possível que a infração seja praticada contra o interesse da sociedade⁵⁹², embora estivesse representada como um interesse público para o ente público⁵⁹³.

Existindo a tutela penal para a defesa da sociedade, e não propriamente do Estado – vez que tutela bens jurídicos caros aos indivíduos – é o interesse daquela que tem relevância e que, portanto, deve ser protegido pela norma penal.

14.3 A lei 9.605, de 12.02.1998

A chamada Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente surge após quase uma década, e, portanto, atrasada, como instrumento de efetividade da norma programática insculpida no artigo 225, § 3º da Constituição Federal.

⁵⁹¹ Ibid., mesma página.

⁵⁹² Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (Op. cit., p. 25), o interesse social, no sentido amplo, “é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes.”

⁵⁹³ Para Mancuso (Ibid., 26), ainda, interesse público invoca a presença do Estado-legislador ou do Estado-administrador e, ao contrário do interesse social, estreitamente afetado às noções de “coletividade”, predomina a presença do Estado. Assim, “a expressão ‘interesse público’ evoca, imediatamente, a figura do Estado, e mediatamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevaletentes na sociedade”.

Significou importante inovação no cenário do Direito Penal brasileiro. Trouxe, dentre outras novidades, a confirmação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, passo decisivo na sedimentação do reconhecimento desse instituto tão combatido pela doutrina penal tradicional. Mais que isso, representou um símbolo, um detonador no cenário nacional do incentivo à busca de novos conhecimentos e padrões jurídicos capazes de atender à escalada crescente da criminalidade empresarial, que encontrava no ambiente da responsabilidade individual o cenário perfeito para a sua tranqüila expansão.

14.4 Os requisitos da responsabilização

Diz o artigo 3º da Lei 9.605/98, que:

[...] as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

Logo, dois são os requisitos para que uma pessoa jurídica seja penalmente responsável: 1) que o ato lesivo ao meio ambiente tenha decorrido de uma decisão (do representante legal, contratual ou do órgão colegiado); 2) que o ato tenha sido praticado no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

14.4.1 A fonte material da decisão

O primeiro deles traz, com se vê, três possibilidades de responsabilização, de acordo com a fonte da decisão, ou seja, se proveniente de representante legal, contratual, ou de seu órgão colegiado.

Trata-se de estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica em face da pessoa física que praticou o ato criminoso, isto é, a partir de qual autor material poderá gerar a responsabilização.

São três os modelos, no ensinamento de Tiedemann⁵⁹⁴:

1) a responsabilidade da empresa somente se desencadeia por atos ou omissões de parte dos órgãos e/ou representantes legais, juridicamente qualificados para atuar em nome da empresa; 2) a responsabilidade da empresa se desencadeia por atos de todas as pessoas que atuam em nome dela ou em seu favor; 3) para se verificar a responsabilidade da empresa excetuam-se as ações de pessoas que não têm poder de decisão.

Sustenta Régis Prado⁵⁹⁵ que foi adotado o modelo francês, consagrando-se a chamada *responsabilidade por reflexo ou ricochete*, que se constituiu, na lição de Jean Pradel⁵⁹⁶, no reconhecimento de que a formação do dolo ou culpa está nas pessoas físicas,

⁵⁹⁴ Op. cit., p. 43.

⁵⁹⁵ Op. cit., p. 182.

⁵⁹⁶ Op. cit., p. 53.

não possuindo a pessoa jurídica tal capacidade, estendendo-se a ela a responsabilidade, então, por ricochete ou reflexo.

Tal limitação, portanto, está consentânea com as razões de política criminal, pois se objetiva punir o ente coletivo somente quando a infração decorrer de uma decisão com caráter institucional que realmente reflita a posição da empresa e não de um indivíduo isolado. Afinal, se até aqui se defendeu que a pessoa jurídica tem vontade própria – a vontade institucional – não se ignorou que ela somente surge a partir de manifestações de seus representantes, ou seja, pelas pessoas físicas legitimadas e que integram a formação da vontade coletiva.

14.4.2 *O favorecimento da pessoa jurídica*

O segundo requisito é o de que a infração seja praticada no interesse⁵⁹⁷ ou benefício da pessoa jurídica.

Paulo Affonso Leme Machado⁵⁹⁸, a propósito de tais condições, faz o seguinte esclarecimento:

'Interesse' e 'benefício' são termos assemelhados, mas não idênticos. Não teria sentido que a lei, tão precisa em sua terminologia, tivesse empregado sinônimos ao definir um novo conceito jurídico. 'Interesse' não diz respeito só ao que traz vantagem para a entidade, mas aquilo que importa para a entidade. O termo vem do Latim *interest* – importar, convir. Em italiano,

⁵⁹⁷ Fausto Martin de Sanctis (Op. cit., p. 70), distingue a expressão *no interesse da sua entidade*, que tem por objetivo assegurar o seu funcionamento, sua organização ou seus objetivos, e *no interesse*, o fim político, religioso, social e econômico.

⁵⁹⁸ Op. cit., p. 593/594.

‘motivo di convenienza, individuato da regione di ordine pratico’. Em francês, ‘ce qui est utile à quelqu’un. Não é, portanto, somente a idéia de vantagem ou lucro que existe no termo ‘interesse’. Assim, age criminosamente a entidade em que seu representante ou órgão colegiado deixa de tomar medidas de prevenção de dano ambiental, por exemplo, usando tecnologia ultrapassada ou imprópria à qualidade do meio ambiente. O interesse da entidade não necessita estar expresso no lucro direto consignado no balanço contábil, mas pode se manifestar no dolo eventual e no comportamento criminoso da omissão.

Interesse, para Régis Prado⁵⁹⁹, significa vantagem de qualquer natureza – política, moral, etc.⁶⁰⁰ – e benefício, qualquer ganho, favor, proveito econômico.

Não quis o legislador estabelecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e com acerto, por atos ou omissões que não fossem praticados com o objetivo de favorecê-la de qualquer modo, mesmo que se partissem daqueles com qualidade para representá-la. Tal fato se justifica, pois, do contrário, estar-se-ia certamente instituindo a responsabilidade objetiva do ente moral, visto que a pessoa jurídica seria apenas meio para a prática delitiva.

14.4.3 O sistema da dupla imputação

O artigo 3º “caput” da lei ambiental contempla, como se verificou, a responsabilidade penal do ente moral a partir de um *substractum humanus* (infração

⁵⁹⁹ Op. cit., p. 183.

⁶⁰⁰ No mesmo sentido Sicoli (Responsabilidade penal da pessoa jurídica, sistemas de penas e reparação do dano na lei dos crimes contra o meio ambiente. *Manual prático da Promotoria de Justiça do meio ambiente*. 2.ed. São Paulo: IMESP, 1999, p. 475) que acrescenta, ainda, a simples utilidade, como por exemplo, a utilização indevida de recursos naturais ou espaços territoriais objeto de proteção legal, como as áreas de preservação permanente ou reserva legal.

decorrente de decisão de representante legal, contratual ou órgão colegiado), de modo a deixar explícito o comportamento humano como elemento imprescindível à sua geração.

Como a infração, de qualquer modo, foi executada materialmente pela pessoa física, a responsabilização deve recair também sobre esta, notadamente porque nesta hipótese, tratando-se de um ser humano, nenhuma objeção poderia ocorrer.

Daí porque, para evitar qualquer dúvida e seguindo o modelo francês⁶⁰¹, o legislador consagrou expressamente a responsabilidade da pessoa física ao lado da pessoa jurídica, no parágrafo único do art. 3º da Lei 9.605/98, asseverando que a *responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a das pessoas físicas, autora, co-autoras ou partícipes do mesmo fato*.

Trata-se da hipótese de dupla imputação em que é punida não só a pessoa jurídica, mas também a pessoa física substrato de atuação daquela.

Esclarece Régis Prado⁶⁰² que o dispositivo não elimina a possibilidade da responsabilidade individual da pessoa física quando autora, co-autora ou partícipe do mesmo fato, para evitar, como no modelo francês (Comissão

⁶⁰¹ O modelo francês está assim estipulado no artigo 121-2 do Código Penal: “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas não excluiu a das pessoas físicas autoras ou cúmplices dos mesmos fatos”.

⁶⁰² Op. cit., p. 182/183.

de Revisão do Código Penal francês, Circular de 14.05.1993, Título II, Cap. I, B), que “a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se converta em um escudo utilizado para encobrir responsabilidades pessoais”.

15 CONCLUSÕES

Os aspectos principais referentes à incidência dos indícios, presunções e ficções, no Direito Penal, foram a base do trabalho, com especial atenção à análise das funções, natureza e justificativas destas. Consoante, portanto, o exame realizado sobre os temas, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. As presunções *hominis* não motivam resistência especial ao emprego, devendo mesmo ser mais um instrumento à disposição do julgador para se chegar à verdade e certeza sobre o fato que se pretende conhecer, uma vez que se trata de raciocínio lógico e que, portanto, tem validade e sustentação.

2. As presunções legais são normativas pela necessidade de se criar regras geradoras de estabilidade e base a outras normas e ao próprio sistema de responsabilização penal, mas devem ser usados com parcimônia, especialmente as absolutas, e estabelecidos com observância de critérios rigorosos e restritivos. Isto porque retiram a possibilidade de prova em contrário, a fim de não infringir a garantia constitucional do direito de defesa.

3. Não há ofensa ao princípio penal da responsabilidade subjetiva a instituição legal de presunções, desde que não empregada para normatizar condutas que façam presumir o elemento psíquico do agente, de forma absoluta, com base no comportamento objetivo.

4. A falta de discernimento, seja do sujeito ativo ou passivo do crime, ou da incapacidade de resistência deste, figura no âmbito penal como causa de atenuação de pena ou agravação, bem como qualificadoras ou elementares dos crimes. Sua natureza nessas hipóteses, como regra, é absoluta, bastando fazer prova da idade para se extrair, como consequência, a conclusão determinada pela norma.

5. A presunção da periculosidade do agente pode ser considerada de natureza legal (absoluta ou relativa) ou *hominis*, dependendo do instituto penal a que se refere. A intenção do legislador na reforma de 1984, embora nítida na busca de eliminação da responsabilização objetiva, e com razão ao suprir dispositivos atinentes à presunção absoluta de periculosidade do agente, não deixou, todavia, suprimida a possibilidade de o intérprete presumir a periculosidade em várias decisões, e sempre que em seu exame se faça necessário – tanto que a previu expressamente no caso do livramento condicional.

6. Os crimes de perigo são baseados em presunção legal que projeta para o futuro a probabilidade de dano, antecipando-se, assim, a tutela. Nessas condições, por ser uma prognose, a eleição dos bens jurídicos que merecem tutela preventiva deve passar por análise legislativa igualmente criteriosa, a fim de não tornar a tutela inócua e causar ofensa ao princípio da lesividade. Torna-se imprescindível, também, que o tipo seja taxativo, não permitindo extrair tutela além da necessária, com o escopo de não resvalar em ofensa a princípios relacionados ao direito de defesa.

7. Deve-se reservar a natureza abstrata dos crimes de perigo para casos excepcionais, próprios das hipóteses admissíveis de presunção absoluta, ou seja, bens relevantes, preferencialmente de natureza difusa ou coletiva, conduta grave, irreparabilidade do dano ou irreversibilidade do bem ao estado anterior pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.

8. A presunção de violência nos crimes contra os costumes não atenta contra os princípios da responsabilidade subjetiva e presunção de inocência, uma vez que incide sobre a existência ou não de consentimento válido da vítima. A presunção por idade e demais hipóteses do artigo 224 do Código Penal são de natureza relativa, não se podendo negar ao sujeito ativo do crime a possibilidade de demonstração do contrário, possibilitando-lhe, assim, a integralidade de defesa.

9. Em relação às ficções, que tem a função de servir às exigências valorativas do Direito com base no interesse jurídico em estabelecer determinadas verdades artificiais que servem a equiparação de situações que não tem correlação com a realidade, deve-se agir, justamente por isso, com cautela para elaborá-las em conformidade com princípios basilares do Direito Penal, notadamente o princípio da legalidade, não se admitindo tipo penal baseado em realidade inexistente.

10. A responsabilização penal da pessoa jurídica não viola princípios penais, nem ao menos os da responsabilização subjetiva, porque baseada na instituição normativa, fictícia, da vontade do ente coletivo, todavia, fruto da conduta das pessoas que a representam, e em seu interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Christiano José de. Dos indícios no processo penal. *Justitia*, São Paulo, ano 33, v. 72, p. 87/98, jan./mar. 1971.

ALMEIDA, Jorge Luiz de. Do procedimento processual ante o menor de 16 a 18 anos. *Justitia*, São Paulo, ano 34, v. 76, p. 63/65, jan./mar. 1972.

ALVES, Roque de Brito. *Dos indícios no processo penal*. Recife: Ipanema, 1964.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. *Societas delinquere non potest*. Revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, p. 72/94 (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal).

AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Pessoa jurídica: a ação penal e o processo na lei ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, 1998.

BAIGÚN, David. *La categoria responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 299/325, 1997.

BARBOSA, Mirca de Melo. *As presunções em matéria tributária e a casuística do Tribunal Administrativo-Tributário do Estado de Pernambuco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4835&p=2>>. Acesso em: 17 dez. 2005.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Brasília: Senado Federal, 2003.

BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal*. Apontamentos gerais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BÁRTOLI, Márcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, v. 678, p. 410/413, abr. 1992.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. In: CONGRESSO Nacional do Ministério Público, 1998, Fortaleza, *Ministério Público e democracia*. Livro de Teses, 1998, t. 2.

_____. *Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 1

BICUDO, Hélio Pereira. O menor no anteprojeto de código penal do ministro Nélon Hungria. *Justitia*, São Paulo, v. 46, p. 30/34, 3.trim. 1964.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

_____. *Tratado de direito penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

_____. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1, t. 1.

CALLEGARI, André Luís. Delitos de perigo concreto no código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 76, p. 07/08, mar. 1999.

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

_____. *Curso de direito penal*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2.

_____. *Curso de direito penal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral. O conceito jurídico da prova*. São Paulo: Leud, 2003.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN, 2002, v. 1.

_____. *Programa do curso de direito criminal*. Campinas: LZN, 2002, v. 2.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal na constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Do dolo de perigo à culpa consciente. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 35, p. 04, nov. 1995.

CIRIGLIANO, Raphael. *Prova civil*. Legislação, doutrina, jurisprudência. Adaptação de Mauro Fichtner Pereira. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

COSTA E SILVA, Luiz Fernando da. Considerações sobre as medidas de segurança. Presunção de periculosidade. *Justitia*, São Paulo, ano 23, v. 33, p. 43/53, abr./jun. 1961.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. Presunção normativa de perigosidade e jurisdicionalização da medida de segurança. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Guanabara: Instituto de Criminologia da Universidade do Estado da Guanabara, ano I, n. 1, p. 137/141, 1963.

_____. Direito penal ecológico. *Justitia*, São Paulo, ano 43, v. 113, p. 67/72, 1981.

_____. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *Direito penal: curso completo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro; BELLO FILHO, Ney Barros; COSTA, Flávio Dino de Castro. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. Comentários à lei n. 9605/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COVELLO, Sérgio Carlos. *A prescrição em matéria civil*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *Os crimes de perigo e a tutela preventiva do meio ambiente*. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/caouma/caouma.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2005.

DAHER, Marilusse Pestana. *Pessoa jurídica criminosa*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/pjcrimirt.html>>. Acesso em: 04 out. 2000.

DELGADO, Yordan Moreira. Violência presumida no estupro e outros crimes contra os costumes. Aspectos controvertidos. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, ano 1, n. 1, p. 29/30, jan. 1997.

DELMANTO, Celso. Poluição do ar e direito penal. *Justitia*, São Paulo, ano 41, v. 107, p. 124/131, out./dez. 1979.

_____. *Código penal comentado*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Curso de processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1.

DOTTI, René Ariel. O problema da incriminação no comportamento perigoso. *Justitia*, São Paulo, ano 40, v. 102, p. 167/180, jul./set. 1978.

_____. O "sursis" e o livramento condicional nos projetos de reforma do sistema, *Justitia*, São Paulo, ano 46, v. 124, p. 175/194, jan./mar. 1984.

_____. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 184/207, 1995.

_____. Os atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 7, p. 117/139, 1997.

_____. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUTRA, Mário Hoepfner. A presunção "juris tantum" na responsabilidade penal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 143, p. 531/537, 1952.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, v. III.

FALCONI, Romeu. *Direito penal: temas ontológicos*. São Paulo: Ícone, 2003 (Coleção Elementos de Direito).

FERNANDES, Antonio Scarance. Suspensão condicional da pena: considerações a respeito do instituto, com as inovações da lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977. *Justitia*, São Paulo, ano 40, v. 100, p. 151/267, jan./mar. 1978.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. *Dicionário brasileiro globo*. 43.ed. São Paulo: Globo, 1996.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FERRI, Enrico. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Campinas: Russel, 2003.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 776, p. 409/439, jun. 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na lei 9.605/98. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 25, p. 124/141, 1999.

FIORILO, Celso Antônio Pacheco. *Direito processual ambiental brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 4.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Ypiranga, 1930.

FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GALVÃO, Fernando; GRECO, Rogério. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1956, v. 1, t. 1.

GARRAUD, René. *Compêndio de direito criminal*. Campinas: LZN, 2003, v. II.

GIANTURCO, Vito. *La prova indiziaria*. Milão: Guiffre, 1958.

GOMES, Luiz Flávio. Código de trânsito brasileiro: CTB/Primeiras notas interpretativas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 61, p. 04/05, dez. 1997.

_____. (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2 (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal).

_____. *A presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4 (Série As Ciências Criminais no Século XXI).

_____. *Direito penal: parte geral. Culpabilidade e teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 7 (Manuais para Concursos e Graduação).

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOULART, Henny. Tratamento jurídico da menoridade. *Justitia*, São Paulo, ano 45, v. 122, p. 143/175, jul./set. 1983.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, p. 89/135, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 5.ed. Niterói: Impetus, 2005, v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 2.

_____. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HOFFMAN, Susy Gomes. *Teoria da prova no direito tributário*. Campinas: Copola, 1999.

HUNGRIA, Nelson. Métodos e critérios para avaliação da cessação de periculosidade. *Justitia*, São Paulo, ano 11, v. 23, p. 13/24, out./dez. 1958.

_____ ; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 1, t. 1.

_____. *Comentários ao código penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1/8, t. 2.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. O tratamento penal do condenado de escassa periculosidade. *Justitia*, São Paulo, ano 40, v. 103, p. 111/133, out./dez. 1978.

_____. *Código penal anotado*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito penal*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3.

_____. *Direito penal: parte geral*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

JORGE, Wilian Wanderdey. *Curso de direito penal: parte geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LECEY, Eládio. A tutela penal do consumidor e a criminalização da pessoa jurídica. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n 26, p. 77/82, abr./jun. 1998.

LE MOS, Carlos Eduardo Ribeiro. Presunção de violência: vítima não maior de quatorze anos. Caráter relativo ou absoluto? *Revista Ciência Jurídica*, n. 74, p. 421/433, mar./abr. 1997.

LOPES, Jair Leonardo. *Curso de direito penal: parte geral*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGALHÃES, Humberto Piragibe. *Prova em processo civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria penal*. Tradução de Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995, v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Turim: Fratelli Bocca, 1924, v. 3.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000, v. 2.

MARQUES, José Roberto. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 100/182, 2001.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 65, p. 06, 1998.

MARTINS, Dayse Braga. *Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2118>>. Acesso em: 05 fev. 2006.

MAZZILLI, Higo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDEIROS FILHO, João. *Presunções e indícios em matéria penal: direito aplicado*. Natal: Universitária, 1980.

MELLO, Dirceu de. Criminoso habitual e criminoso por tendência: acertos e desacertos do novo código penal brasileiro, no plano da conceituação, imputabilidade e punibilidade desses tipos de delinqüente. Análise e sugestões. *Justitia*, São Paulo, ano 35, v. 82, p. 46/57, jul./set. 1973.

_____. Das penas no direito penal e sua aplicação: pena indeterminada: uma infeliz criação do novo estatuto penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 64, v. 475, p. 229/233, maio 1975.

MILARÉ, Édis. *Direito do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental*. Comentários a lei n. 9605/98. Campinas: Millennium, 2002.

MIR, José Cerezo. *Curso de derecho penal español*. 6.ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. 2.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 5.ed. Barcelona: Bosch, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Processo penal*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Manual de direito penal*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

_____. *Manual de direito penal*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2.

_____. *Manual de direito penal*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 3.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. IV.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1.

_____. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 5.

NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica aplicada à advocacia (técnica de persuasão)*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Valoração da prova e livre convicção do juiz*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5583&p=2>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

NOGUEIRA, Liz Coli Cabral. As ficções no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, out./dez. 1969.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Direito penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

_____. *Direito penal*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2.

_____. *Direito penal*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NUVOLONE, Pietro. Ciência e técnica do novo código penal brasileiro. O objeto do crime. Problemas de ciência, de técnica e de política legislativa. Tradução de Marcelo Fortes Barbosa. *Justitia*, São Paulo, ano 36, v. 86, p. 69/78, jul./set. 1974.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: prova ilícita, prova por precatória, depoimento infantil, declarações da vítima, reconhecimento fotográfico*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru/SP: Jalovi, 1980.

_____. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru/SP: Jalovi, 1983.

_____. Da prova indiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 610, p. 284/303, ago. 1986.

_____. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 684, p. 176/183, 1992.

PIMENTEL, Manoel Pedro. A figura do assistente do Ministério Público no direito processual penal brasileiro. *Justitia*, São Paulo, ano 37, v. 88, p. 13/21, jan./mar. 1975.

_____. *Crimes de mera conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, p. 209/222, 1998.

PRADEL, Jean. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito francês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo n. 24, p. 51/63, 1996.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: o modelo francês. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 03, 1996.

_____. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____ (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIROZ FILHO, Antônio de. Relações entre o direito penal e o civil. *Justitia*, São Paulo, ano 11, v. 20, p. 55/58, jan./mar. 1958.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SALES, Sheila Jorge Selim. Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno: um retrocesso praticado em nome da política criminal? In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SÁNCHEZ, Bernardo J. Feijóo. *Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 20/48, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus organos en derecho español*. In: PRADO, Luiz Regis (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação subjetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Marcos André Couto. *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público por dano ambiental: uma análise crítica*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, p. 117/143, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 104/130, 1999, v. 2 (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal).

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Presunções e ficções no direito tributário e no direito penal tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SICOLI, José Carlos Meloni. *A tutela penal do meio ambiente na lei 9605, de 13 de fevereiro de 1998*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo: n. 65, p. 05, 1998.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica, sistemas de penas e reparação do dano na lei dos crimes contra o meio ambiente*. *Manual prático da Promotoria de Justiça do meio ambiente*. 2.ed. São Paulo: IMESP, 1999.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Fernando Quadros da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: a lei 9.605, de 13.02.1998 e os princípios constitucionais penais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p. 163/197, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. Crimes de perigo no código de trânsito brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 76, p. 06/07, mar. 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Valdemar César da. A justiça dos menores e o novo código penal. *Justitia*, São Paulo, ano 3, v. 4, fasc. 3, p. 443/470, maio/ago. 1942.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Senado Federal, n. 4, 2003, v. 1 e 2 (Coleção História do Direito Brasileiro).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo: Atlas, 2000.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasília: Senado Federal, n. 6, 2003 (Coleção História do Direito Brasileiro).

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2.

_____. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004, v. 3.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 1.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el derecho comparado*. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25/45, 1999, v. 2 (Coleção Temas Atuais de Direito Criminal).

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

_____. *Processo penal*. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito civil: processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução, apresentação e notas de Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)