

A condenação e a prisão nos crimes dolosos não dependem de trânsito em julgado da sentença penal

Conviction and imprisonment in intentional crimes regardless of final disposal of the criminal judgment

Toshio Mukai*

RESUMO

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984) dispõe:

Art. 18 – Diz-se o crime:

Crime doloso

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

Crime culposo

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

[...]

Por sua vez, o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal dispõe: “LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Essa norma constitucional tem sido considerada por alguns advogados como sendo uma disposição genérica e comum para a expressão “culpados”.

Em inúmeros congressos de direito administrativo, o saudoso ex-ministro Seabra Fagundes lecionou sobre a correta interpretação de uma expressão contemplada no texto constitucional, mas que não traz o seu significado: deve-se tomar o significado da expressão no sentido empregado na linguagem comum (geralmente prevista nos dicionários).

Daí concluímos nós, *ipso facto*, que, se a expressão tem um significado específico no direito positivo, geralmente na legislação infraconstitucional, somos obrigados a empregar o significado jurídico, e não um significado geral e comum.

Palavras-chave: Direito penal. Crime doloso. Crime culposo.

ABSTRACT

The Criminal Code (Decree-Law 2.848, of December 7, 1940, as worded by Law 7.209, of July 11, 1984) provides that:

Art. 18 - It is said the crime:

Intentional crime

I – intentional, when the author wanted the result or assumed the risk of producing it;

Culpable crime

II – culpable, when the agent gave cause to the result by imprudence, negligence or malpractice.

[...]

In turn, item LVII of article 5 of the Federal Constitution provides that: “LVII – no one shall be held guilty until the final judgment is passed”.

* Mestre e doutor em direito do Estado (USP). Especialista em direito público.

From this constitutional norm, the expression “guilty” has been considered by some lawyers as a generic and not specific term.

On the other hand, in many administrative law congresses, the late minister Seabra Fagundes taught about the correct interpretation of an expression contemplated in the constitutional text, but that does not carry its meaning: one must take the meaning of the referred expression that is used in the layman’s language (usually provided in dictionaries).

Hence we conclude, *ipso facto*, that, if the expression has a specific meaning in positive law, generally in infraconstitutional legislation, we are obliged to use that legal meaning, instead of a generic and common meaning.

Keywords: Criminal law. Intentional crime. Culpable crime.

O Código Penal (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11/07/1984) dispõe:

Art. 18 – Diz-se o crime:

Crime doloso

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

Crime culposo

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

[...]

Por sua vez, o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal dispõe: “LVII – ninguém será *considerado culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (grifo nosso).

Essa norma constitucional tem sido considerada por alguns advogados como sendo uma disposição genérica e comum à expressão “culpados”.

Contudo, não pode ser assim.

O saudoso ex-ministro Miguel Seabra Fagundes lecionou sobre a correta forma de interpretação de uma expressão contemplada pelo texto constitucional, mas que não traz o seu significado: deve-se tomar o significado da expressão no sentido empregado na linguagem geral e comum (geralmente prevista nos dicionários).

Daí podermos concluir, *ipso facto*, que, se a expressão tem significado específico no direito positivo, geralmente na legislação infraconstitucional, somos obrigados a empregar o significado jurídico, não um significado geral e comum.

No nosso caso, portanto, como a expressão “culpado”, utilizada pelo inciso LVII do art. 5º da Constituição, tem um conceito, um significado jurídico, previsto no inciso II do art. 18 do Código Penal, não

podemos dar a ela interpretação genérica e comum, pois seria antijurídico e inconstitucional.

Com efeito, a expressão “culpado” tem sido interpretada no sentido de que alguém realizou um ilícito qualquer que resultou num dano (a expressão é interpretada como um resultado qualquer comum, próprio das circunstâncias da vida).

Pois bem, em se tratando de uma expressão constante de uma norma jurídica positiva, não se pode deixar de levar em conta que tal expressão tem um significado e um conceito jurídico no direito positivo brasileiro; culpa é uma das duas terminologias em direito penal que têm significados e resultados diferentes, ensejando, por isso mesmo, no direito penal, consequências e tratamentos legais diferenciados.

O art. 18 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11/07/1984, define o crime doloso e o crime culposo:

Crime doloso:

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (incluído pela Lei 7.209/1984).

Crime culposo:

II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (incluído pela Lei 7.209/1984).

Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém será punido por fato previsto como crime, senão *quando o pratica dolosamente* (grifo nosso) (incluído pela Lei 7.209/1984).

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2013) aborda as questões diferenciais entre o crime culposo e o crime doloso. Faremos citações dessas premissas, posteriormente. Antes, porém, necessitamos observar alguns aspectos do Código Penal em face dessas questões.

Em obra excelente sobre o direito penal, *Código penal interpretado* (MACHADO, 2011), encontramos, sobre as diferenciações entre crime culposo e crime doloso, baseado no CP, as seguintes assertivas (os autores comentam o Código Penal, Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940):

Art. 18. Diz-se o crime:

O princípio da culpabilidade (*nullum crimen nulla poena sine culpa*) é corolário do Estado Democrático de Direito e reflexo de um ordenamento jurídico fundado na dignidade da pessoa humana. Dentre seus aspectos fundamentais está a proibição de qualquer responsabilização objetiva. Assim, só se pode entender como penalmente relevante e, pois, imputável a alguém, a causação de um resultado típico que seja (i) decorrente de uma conduta voluntariamente dirigida à produção deste resultado típico ou a este indiferente, ainda que vislumbrado como possível (dolo) ou, então, (ii) decorrente da violação de um dever de cuidado (culpa em sentido escrito). Assim, resultados imprevisíveis, não causados a título de dolo ou culpa, não podem ser imputados ao agente.

Deve-se ao finalismo a reestruturação do conceito de ação, que passa a ser entendida como a atividade humana dirigida a uma *finalidade* (grifo dos autores). [...] A consequência dogmática imediata dessa construção foi o deslocamento do dolo e da culpa, outrora *entendidos como formas de culpabilidade* (grifo nosso), para o estrato analítico de tipo penal e a consequente percepção de que a diferença estrutural entre tipos dolosos e culposos reside precipuamente na finalidade da conduta do agente (MACHADO, 2011, p. 33).

A partir daí os autores passam a comentar o inciso I — crime doloso — e o inciso II — crime culposo — do art. 18. Falam da subjetividade do crime doloso e da objetividade do crime culposo.

Citam e transcrevem o parágrafo único do art. 18: “Parágrafo único – Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Os autores comentam este parágrafo:

O parágrafo único estabelece a regra de que os tipos somente podem ser cometidos dolosamente (o que abrange, nos termos do inciso I, o dolo direto e o eventual). Os tipos culposos, *como exceção*, devem ser previstos expressamente pelo legislador (MACHADO, 2011, p. 36, grifo nosso).

Daí a obrigatoriedade contida no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, quando exige: “ninguém será considerado *culpado* até o *trânsito em*

ulgado da sentença penal condenatória” (grifo nosso). Ou seja, a certeza objetiva da condenação em crimes culposos advirá, constitucionalmente, do esgotamento de todos os recursos previstos pela processualidade penal.

Ipsa facto, a contrario sensu, com relação aos crimes dolosos, não há necessidade desse esgotamento de recursos, pois a confirmação da condenação em segundo grau já é suficiente para nos dar a certeza objetiva da sentença de primeiro grau.

Resta-nos, por todo o exposto, verificar, sob o enfoque hermenêutico, ou da interpretação jurídica, se a expressão “culpado” tem conotação genérica, no sentido de que o “culpado” aí (no parágrafo único do art. 18 do CP) tem o significado de ter sido provado, genericamente, que o réu atingiu e afrontou a norma que prevê o crime, seja doloso, seja culposo, ou se a expressão referida deve ser interpretada de acordo com a distinção feita pelo art. 18, I e II, do Código Penal.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2013, p. 37), quando cita os princípios do direito penal, nos indica, dentre eles, o princípio da culpabilidade, dizendo que esse princípio tem duas vertentes: a) *nullum crimen sine culpa*; b) a pena não pode ser maior que a responsabilidade do sujeito pelo fato praticado, o que impede que o Estado instrumentalize o sujeito buscando exemplo para prevenir novos crimes.

Eis, pois, que a expressão do princípio da culpabilidade nada tem a ver com a forma com que é empregada a expressão “culpado” no inciso LVII do art. 5º da CF: a expressão é “considerado culpado”, e não considerado “dolosamente condenado”.

Contudo, para confirmar o acerto da nossa interpretação, necessitamos dizer que, no caso, o art. 18 fez, primeiramente, uma distinção fundamental: no direito penal brasileiro há dois tipos de crime: a) o crime doloso, definido no inciso I, e b) o crime culposo, definido no inciso II do artigo referido.

Em complemento a essas distinções, o parágrafo único do art. 18 fez mais uma distinção entre os dois tipos criminais: disse que, salvo os casos expressos em lei, ninguém será punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (Lei 7.209, de 11/07/1984).

Portanto, há diferenças e referências expressas no Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940 (Código Penal), em relação aos dois tipos (criminais). E se existem tais diferenças favoráveis ao tipo criminal culposo por

uma interpretação denominada "sistemática", há que se entender que a expressão "considerado culpado" refere-se ao tipo de crime previsto no inciso II do art. 18 do Código Penal. É mais uma disposição que favorece o tipo culposo de crime, porque há necessidade de se concretizar a ocorrência da negligência, da imprudência ou da imperícia, que são expressões ou conceitos indeterminados. Daí a obrigatoriedade do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para verificarem se estamos corretos, perante o direito e, em especial, perante a hermenêutica jurídica, vamos, inicialmente, nos socorrer do príncipe da hermenêutica jurídica: o saudoso e inolvidável jurista Carlos Maximiliano, (2001, p. 9), que começa por nos trazer o papel e as tarefas dos exegetas, dizendo:

15 – A atividade do exegeta é uma só, na essência, embora desdobrada em uma infinidade de formas diferentes. Entretanto, não prevalece quanto a ela nenhum preceito absoluto: pratica o hermeneuta uma verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido.

E mais à frente:

A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe, sequer, de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais.

Carlos Maximiliano (2001, p. 84-85), após desenvolver assertivas lúcidas sobre as "qualidades de hermeneuta — causas de interpretação viciosa e incorreta — aplicação do direito", escreveu:

Em resumo: a obra do intérprete é difícil e delicada; pressupõe tato, felicidade de intuição, critério e "o saber de experiência feito" (grifo nosso).

107 – Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de *forçar a exegese* (grifo do autor) e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir

individual, desviado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos. "A interpretação deve ser objetiva, desapaixonada, equilibrada, às vezes audaciosa, porém não revolucionária, aguda, mas sempre atenta respeitadora da Lei" (FERRARA, 1921. v. 1, p. 206 apud MAXIMILIANO, 2001, p. 85).

"Toda inclinação, simpática ou antipática, enfraquece a capacidade do intelecto para reconhecer a verdade, torna-o parcialmente cego. A ausência de paixão constitui um pré-requisito de todo pensamento científico." Em verdade, o trabalho do intérprete pode ser viciado, não só pelas causas apontadas, como também por qualquer prevenção, ou simpatia, que o domine, sem ele o perceber talvez, relativamente à parte, por sua classe social, profissão, nacionalidade ou residência, ideias religiosas e políticas. O homem é levado à solidariedade com outro, ou à ojeriza deste, pelos sentimentos imperceptíveis que lhe despertam a tradição histórica, a hereditariedade, o *meio* familiar ou escolar em que foi educado. Por isso é condescendente, ou severo demais, sem o saber (WURZEL, v. 21, p. 599-600 apud MAXIMILIANO, 2001, p. 85).

108 – Diversas *tendências*, impedem de raciocinar com a necessária acuidade e justiça. Entre elas sobreleva a de *generalizar*, a de preferir instintivamente os princípios *absolutos*; só depois de refletir se aceitam as *exceções*, muito mais difíceis de ensinar aos indoutos do que às *regras gerais* (SAINT-PRIX, 2. ed., n. 158 apud MAXIMILIANO, 2001, p. 85, grifo do autor).

Outra lição notável do grande hermeneuta é em relação ao processo de interpretação sistemática, hoje, ao lado do processo teleológico, de singular importância.

Sobre esse tipo de processo interpretativo, leciona o saudoso mestre Carlos Maximiliano (2001, p. 104-106):

130 – Consiste o *Processo Sistemático* (grifo do autor) em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma.

Em toda a ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire *presunção de certeza quando confirmado* (grifo nosso), *contrastado* (grifo do autor) *pelo estudo de outros*, pelo menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral.

E, mais à frente, assevera:

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

131 – Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtêm esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido.

Ainda, para finalizar a excelsa lição do mestre sobre a aplicação do processo sistemático de interpretação, o autor leciona:

133 – Aplica-se moderadamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que a outrora: atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das ideias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor (MAXIMILIANO, 2001, p. 106).

Levando em conta tudo o que nos ensinou o notável hermeneuta e considerando a interpretação sistemática lecionada, asseveramos que a diferenciação dos conceitos de crime doloso e de crime culposos, estabelecida nos incisos I e II do art. 18 do Código Penal, e, em especial, do benefício legal que o ato culposos recebeu do parágrafo único do art. 18 já referido, conclui-se que o crime culposos é mais um benefício legal da Constituição Federal, no inciso LVII do art. 5º, ao ficar ali assentado que somente haverá crime culposos se beneficiado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa interpretação restrita da expressão “considerado culpado” atende à modalidade de interpretação sistemática, porque tem a mesma finalidade benéfica quanto à sua existência e quanto à sua condenação, que exige esgotamento de todos os recursos previstos em lei.

Com essa interpretação, chegamos à verdade legal da expressão “culpado” do inciso LVII do art. 5º da Constituição. Como as modalidades do crime culposos

são conceitos indeterminados, para que ocorram as condenações previstas, há que se ter certeza da ocorrência concreta dessas modalidades de culpa, com a observação de todos os recursos disponíveis, o que é desnecessário, segundo o constituinte, no caso de crimes dolosos.

E aí temos a ocorrência da interpretação *a contrario sensu*, também muito bem lecionada por Carlos Maximiliano:

297 – Cumpre advertir que em alguns casos o argumento *a contrario* aparece contundente até à evidência. Assim acontece quando a norma se refere a hipótese determinada, *sob a forma de proposição negativa* (grifo do autor); e, em geral, quando estatui de maneira restritiva, limita claramente só a certos casos a sua disposição, ou se inclui no campo estreito do Direito Excepcional. Então *se presume que, se uma hipótese é regulada de certa maneira, solução oposta caberá à hipótese contrária* (LEONHARD, v. 1, 1950, p. 53 apud MAXIMILIANO, 2001, p. 199, grifo nosso).

Tudo depende de ser a enunciação feita — *taxationis causa* e não apenas — *exemplificationis causa*. Quando a linguagem é *taxativa*, os casos enumerados constituem exceções; observa-se, nos outros, preceito diverso, a regra *geral*. Tem cabimento o argumento *a contrario*; porque, ao invés de pôr em cheque os princípios comuns, vem em seu apoio, restitui-lhes a preeminência (GENNY, 1919 apud MAXIMILIANO, 2001, p. 199). Apoiar-se em outra parêmia, de alcance mais restrito e aplicação fácil — *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*: “a exceção confirma a regra nos casos não excetuados” (CARNEIRO, 54 apud MAXIMILIANO, 2001, p. 200, grifo do autor).

Em resumo: o argumento *a contrario* não se aplica a todos os casos de silêncio da lei; só merece apoio quando a fórmula positiva evidentemente implica exegese estrita. Enquadra-se bem no Direito Excepcional. A hipótese mais frequente e segura é a de uma enumeração *taxativa*: os casos não expressos regem-se pelo preceito oposto, seguem a regra geral (MAXIMILIANO, 2001, p. 200, grifo do autor).

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”. Os casos idênticos regem-se por disposições idênticas (MAXIMILIANO, 2001, p. 200).

Daí que casos que não são idênticos não podem ser regidos por disposições idênticas, mas sim por disposições *a contrario sensu*.

No caso presente, portanto, não sendo idêntico, há que se admitir a utilização de todos os recursos disponíveis (trânsito em julgado) em se tratando de

crimes culposos (*a contrario sensu* do que vem previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição para os crimes dolosos).

E, quanto ao significado da expressão “culpado” dessa disposição constitucional, ensina Carlos Maximiliano:

Quando as palavras forem suscetíveis de duas interpretações, uma estrita, outra ampla, adotar-se-á aquela que for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva (MAXIMILIANO, 2001, p. 256).

No caso, o fim transparente da norma, dado que a culpa engloba três conceitos indeterminados, o texto constitucional exige o esgotamento das vias recursais para que não restem dúvidas subjetivas quando houve a condenação.

Finalmente, o grande mestre conclui:

378 – XV. Aplica-se à exegese constitucional o processo sistemático de Hermenêutica, e também o *teleológico*, assegurada ao último a preponderância. Nesse terreno consideram-se ainda de alta valia a *jurisprudência*, sobretudo a da Corte Suprema; os precedentes parlamentares; os fatores sociais e a *apreciação do resultado*, a *Werturteil*, dos tudescos (TUCKER, 1899, v. I apud MAXIMILIANO, 2001, p. 256, grifo do autor).

Concluimos, assim, que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal somente é aplicável aos crimes culposos, exigindo o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. *A contrario sensu*, os crimes dolosos não necessitam de esgotamento de todas as vias necessárias, bastando, no caso, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, a condenação confirmatória em segunda instância da sentença penal condenatória.

A jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, é “de alta valia”, pois que já sufragou a tese ora defendida por quatro vezes, sendo que a última e irregular decisão, mandando soltar 161 mil presos condenados por dolo, monocrática e erroneamente, foi escancaradamente injurídica, uma vez que não condizente com o direito positivo.

Em artigo publicado por nós anteriormente, intitulado “Alterações de lei antiga não podem alterar sentenças já concluídas”, abordamos a presente questão, asseverando: “Como explicar, então, que o constituinte somente admitiu a culpabilidade com o trânsito em julgado e não fez o mesmo quanto ao crime doloso?”.

É simples, se o crime é doloso, há certeza de sua ocorrência, pois, nesse caso, o fato criminoso foi alcançado (resultado requerido pelo réu).

Já no crime culposos, em muitos casos, não ocorre, com certeza, a imprudência, a negligência e a imperícia, pois essas expressões se constituem conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, necessitam de que a certeza seja obtida após o último recurso disponível na legislação. Daí a necessidade do trânsito em julgado somente quando o crime for culposos.

Não há nenhuma inconstitucionalidade, portanto, em execução de sentenças após a decisão de segunda instância que se referir a crimes de corrupção ativa ou passiva, em que os réus forem condenados definitivamente com o julgamento em segunda instância, pois os citados crimes são sempre dolosos, e não culposos.

Referências

- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2011.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.