4

SABERES DO DIREITO

Direito Penal

Parte Geral I

Princípios até Teoria do delito

CRISTIANO RODRIGUES

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

Atualidade
Interatividade
venha fazer parte!
LivroeNet
saiba mais em:
livroenet.com.br

Editora Saraiva

4

SABERES DO DIREITO

Direito Penal

Parte Geral I

Princípios até Teoria do delito

CRISTIANO RODRIGUES

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

Editora Saraiva



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-16976-0

Rodrigues, Cristiano Soares
Direito penal : parte geral I / Cristiano Soares Rodrigues.
– São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 4)
1. Direito penal 2. Direito penal – Brasil I. Título.
II. Série.
12-01431 CDU-343(81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Direito penal 343(81)

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais, arte, diagramação e revisão Know -how Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 17-2-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Cristiano Rodrigues

Doutorando em Ciências Criminais pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Penais pela UCAM/RJ. Professor de Direito Penal nos cursos LFG-SAT e Praetorium-SAT. Professor da pós-graduação em Ciências Penais da Rede de Ensino LFG. Professor da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – EMERJ.

Conheça os autorres deste livro. Assista ao vídeo: http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16898-5

Coordenadores

Alice Bianchini

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

Luiz Flávio Gomes

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi

Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

Aos meus pais, Waldo e Nena, que me ensinaram os verdadeiros valores da vida, dando-me sempre amor, carinho, compreensão, amizade e principalmente todo o apoio e suporte para lutar por meus objetivos. Se obtive conquistas, ou vitórias, foi graças a eles.

A meu irmão, João, melhor amigo e companheiro inseparável de todos os momentos.

Aos meus avós, Oswaldo e Mirtes (*in memoriam*), Jorge e Therezinha (*in memoriam*), que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos importantes da vida e que sempre estarão presentes na memória e em meu coração a cada nova conquista.

À minha Tia Márcia, a *Dinda*, minha segunda mãe e grande amiga, exemplo de força e perseverança.

A todos os professores do curso de Mestrado da Universidade Candido Mendes, que ao longo do curso abriram meus olhos para o verdadeiro Direito Penal, especialmente ao Prof. Dr. Nilo Batista, que me colocou no caminho do magistério e sempre me auxiliou a resolver as angústias acadêmicas.

A todos os alunos da Rede de Ensino LFG, do Curso *Praetorium*–BH, alunos de pós-graduação e ex-alunos dos demais cursos preparatórios para concurso em que já ministrei aula, que através de sua sede de saber me estimulam a buscar cada vez mais o conhecimento e a me aperfeiçoar.

Ao amigo Nestor Távora, que acreditou e confiou no meu trabalho e na minha capacidade como docente e, ao me convidar para integrar a Equipe da Rede de Ensino LFG, mudou definitivamente os rumos da minha vida profissional.

Aos amigos Luiz Flávio Gomes, Ivan Luís Marques e Alice Bianchini, que me convidaram a participar desta maravilhosa coleção e que muito têm contribuído para meu crescimento profissional.

A todos os meus grandes e verdadeiros amigos, extensão da minha família, tão importantes nos momentos bons e não tão bons de minha vida, especialmente a Rodrigo Estrella, Rodrigo Roca e Felipe Pinto, companheiros inseparáveis e irmãos por escolha.

E finalmente a DEUS, por TUDO.

Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o [1]

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de)[1] .

No [1] você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao [1] do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet
http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012

1 O Conteúdo Net deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.

Sumário

Capítulo 1 **Princípios Fundamentais de Direito Penal**

1. O princípio da legalidade ou da reserva legal e suas funções (art. 1º, CP e art. 5º, XXXIX, CF)
2. Princípio da intervenção mínima
    2.1 Princípio da fragmentariedade
    2.2 Princípio da subsidiariedade
3. Princípio da humanidade ou da dignidade da pessoa humana
4. Princípio da lesividade ou ofensividade
    4.1 Princípio da insignificância ou da bagatela
5. Princípio da culpabilidade (culpa-habilidade): fundamento da responsabilidade penal subjetiva
    5.1 Princípio fundamental de direito penal
    5.2 Elemento estrutural do conceito de crime
    5.3 Fundamento e limite da pena
6. O princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, CF)

6.1 O princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF)

7. Princípio da adequação social da conduta
8. As contravenções penais sob a ótica dos princípios fundamentais

Capítulo 2 **Teoria da Norma**

1. Modalidades específicas de norma penal
    1.1 Leis penais em branco
    1.2 Lei penal excepcional
    1.3 Lei temporária
        1.3.1 Lei excepcional
        1.3.2 Lei temporária
2. Tempo do crime
3. Lugar do crime
    3.1 Extraterritorialidade e seus princípios informadores
        3.1.1 Princípio da nacionalidade (inc. II, *b*)
        3.1.2 Princípio da universalidade (inc. II, *a*)
        3.1.3 Princípio da representação da bandeira (inc. II, *c*; art. 5º, § 1º, 2ª parte)

Capítulo 3 **Conflito Aparente de Normas**

1. Regras para solução do conflito aparente

1.1 Especialidade
1.2 Subsidiariedade
1.3 Consunção
1.4 Alternatividade
2. Contagem de prazo em direito penal

Capítulo 4 **Classificação das Infrações Penais**

1. Quanto ao sujeito ativo: crimes comuns – próprios – de mão própria
1.1 Crime comum
1.2 Crime próprio
1.3 Crime de mão própria
2. Os crimes próprios e a regra da incomunicabilidade das circunstâncias (art. 30, CP)
3. Quanto ao número de crimes que formam o tipo: crimes simples – complexos
4. Quanto ao período de consumação: crimes instantâneos – crimes permanentes
4.1 Crimes instantâneos
4.2 Crimes permanentes
4.3 Crimes instantâneos de efeitos permanentes
5. Quanto à forma de se praticar a conduta: crimes habituais
6. Quanto à forma de consumação: crimes materiais – formais – de mera conduta
6.1 Crimes materiais (de resultado naturalístico necessário)
6.2 Crimes formais (de resultado naturalístico previsto)
6.3 Crimes de mera conduta (sem resultado naturalístico)
7. Quanto à forma de lesão: crime de dano – crime de perigo
7.1 Crimes de dano
7.2 Crimes de perigo concreto
7.3 Crimes de perigo abstrato
8. Quanto à espécie de conduta – crimes de ação e crimes de omissão (comissivos/omissivos)
8.1 Crimes de ação
8.1.1 Comissivos por ação
8.1.2 Comissivos por omissão (omissivos impróprios)
8.2 Crimes de omissão
8.2.1 Omissivos próprios
8.2.2 Próprios omissivos
8.2.3 Omissivos por comissão

Capítulo 5 **Relação de Causalidade**

1. Teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições (art. 13, cp)

2. A teoria da imputação objetiva

Capítulo 6 *Iter Criminis*

1. Cogitação
2. Preparação (ou atos preparatórios)
3. Execução (ou atos executórios)
4. Consumação
5. Exaurimento
6. Tentativa (CP, art. 14, II e parágrafo único)
    6.1 Natureza jurídica da tentativa
    6.2 Espécies de tentativa
    6.3 Infrações penais que não admitem a tentativa
7. Desistência voluntária (art. 15, CP)
8. Arrependimento eficaz (art. 15, CP)
9. Arrependimento posterior (art. 16, CP)
10. Arrependimento atenuante (art. 65, III, *b*, CP)
11. Crime impossível (art. 17, CP)
    11.1 Delimitação do crime impossível

Capítulo 7 **Teoria do Crime em Sentido Estrito**

1. Tipicidade (fato típico)
2. Teoria dos elementos negativos do tipo (Johannes Wessels)
3. Elementos integrantes do tipo penal de acordo com o ordenamento brasileiro
    3.1 Elementos objetivos
    3.2 Elemento subjetivo
        3.2.1 Geral
        3.2.2 Espécies de dolo
    3.3 Elemento subjetivo especial
    3.4 Diferença entre delito de intenção e delito de tendência
4. Fato típico culposo
    4.1 Princípio da confiança
    4.2 Formas de conduta culposa
    4.3 Espécies de culpa
5. Ilicitude ou antijuridicidade
    5.1 Excludentes de ilicitude
    5.2 Estado de necessidade
    5.3 Teorias delimitadoras do estado de necessidade
    5.4 Elementos integrantes do estado de necessidade

5.4.1 Perigo atual
5.4.2 Inevitabilidade por outra forma
5.4.3 Não criação do perigo por vontade do agente
5.4.4 Bem jurídico próprio ou de terceiro a ser preservado
5.4.5 Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado
6. Legítima defesa (art. 25, CP)
6.1 Elementos integrantes da legítima defesa
6.1.1 Agressão
6.1.2 Injusta agressão
6.1.3 Agressão atual ou iminente
7. Bem jurídico próprio ou de terceiro
8. Moderação
9. Estrito cumprimento do dever legal
10. Exercício regular de direito
10.1 Hipóteses de exercício regular do direito
11. Consentimento do ofendido
12. Culpabilidade
12.1 Fundamento e limite da pena
12.2 Teorias da culpabilidade
12.2.1 Teoria psicológica da culpabilidade (causalismo natural)
12.2.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade (Frank)
12.2.3 Teoria normativa pura
12.3 Elementos integrantes da culpabilidade
12.3.1 Imputabilidade
12.4 Causas de inimputabilidade
12.4.1 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (art. 26, CP)
12.4.2 Menoridade (art. 27, CP)
12.4.3 Embriaguez acidental completa (art. 28, II e §§ 1º e 2º, CP)
13. Potencial conhecimento da ilicitude
14. Exigibilidade de conduta diversa
14.1 Coação moral irresistível
14.2 Obediência hierárquica
15. Teoria do erro
15.1 Teorias ligadas ao finalismo
15.1.1 Teoria extremada da culpabilidade
15.1.2 Teoria limitada da culpabilidade (teoria adotada pelo nosso Código Penal)

15.2 Estrutura da teoria do erro
15.2.1 Erros essenciais
15.2.2 Erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º, CP)
15.2.3 Erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º, CP), “erro sobre quem é a pessoa” (*error in personae*)
15.2.4 *Aberratio ictus*, também chamado de erro de execução (art. 73, CP)
15.2.5 *Aberratio criminis*, também chamado de *aberratio delicti* (art. 74)
15.2.6 Erro mandamental ou erro de mandamento
16. Concurso de pessoas (ou agentes)
17. Autoria
17.1 Critérios delimitadores da autoria
17.1.1 Critério restritivo
17.1.2 Critério extensivo
17.1.3 Critério do domínio final do fato
17.2 Espécies de autoria
17.3 Hipóteses de autoria mediata
17.3.1 Coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 22, CP)
17.3.2 Erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º)
17.3.3 Uso do agente inimputável
17.4 Coautoria
17.4.1 Coautoria sucessiva
17.4.2 Autoria colateral (autores paralelos)
18. Participação
18.1 Teorias da acessoriedade
18.2 Formas de participação
18.2.1 Participação em cadeia
18.2.2 Participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP)
19. Cooperação dolosamente distinta (art. 29, § 2º, CP)
20. Divergências a respeito do concurso de pessoas (coautoria e participação)
20.1 Cabe coautoria em crime culposo?
20.2 Cabe coautoria em crimes omissivos?
20.3 Cabe participação em crimes omissivos?
20.4 Cabe participação em crime culposo?
Referências

Capítulo 1

Princípios Fundamentais de Direito Penal

O estudo dos princípios fundamentais é talvez um dos mais importantes temas do Direito Penal e, embora muitos estudantes tenham alguma prevenção quanto a esta parte específica da matéria e desconheçam a real importância e aplicabilidade prática do tema, os princípios fundamentais de Direito Penal devem ser vistos como ponto de partida e base para todo o estudo da teoria do crime e da pena.

Um dos maiores problemas da dogmática no que tange aos princípios fundamentais está relacionado com a falta de sistemática com que o tema é abordado e apresentado, nos manuais e textos, além da falta de correlação do assunto com os demais tópicos do Direito Penal, o que pode dar a falsa impressão de que o estudo dos princípios seria algo eminentemente teórico e de pouca relevância prática.

Vamos desenvolver nosso estudo dos princípios delimitando uma verdadeira teoria geral dos princípios, que na verdade constitui uma etapa autônoma da dogmática penal, já que será exatamente com base nos princípios de Direito Penal que deverão se desenvolver todos os alicerces e os parâmetros para estudo da teoria do crime e da teoria da Pena.

São seis os princípios basilares de Direito Penal:

1) Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal (art. 5º, XXXIX, CF, e art. 1º, CP).
2) Princípio da Intervenção Mínima.
3) Princípio da Humanidade ou Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF).
4) Princípio da Lesividade ou da Ofensividade.
5) Princípio da Culpabilidade (art. 5º, *caput*, e arts. 18 e 19, CP).
6) Princípio da Pessoalidade ou Intranscendência da Pena (art. 5º, XLV, CF).

A partir destes princípios basilares iremos decorrer alguns princípios (subprincípios) de acordo com a função que cada um dos princípios basilares desempenha na dogmática penal, o que resultará em mais nove princípios decorrentes dos elencados acima, da seguinte forma:

Decorrentes do princípio da legalidade:

1) Princípio da Irretroatividade (art. 5º, XL, CF e art. 2º, CP).
2) Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benéfica.
3) Princípio da Taxatividade.
4) Princípio da Determinação.

Decorrentes da intervenção mínima:

1) Princípio da Fragmentariedade.
2) Princípio da Subsidiariedade.
3) Princípio da Adequação social da conduta.

Decorrente da lesividade ou ofensividade:

1) Princípio da Insignificância ou da Bagatela.

Decorrente da pessoalidade ou intranscendência da pena:

1) Princípio da Individualização da Pena (art. 5º, XLVI, CF).

1. O princípio da legalidade ou da reserva legal e suas funções (art. 1º, CP e art. 5º, XXXIX, CF)

De acordo com o texto do próprio Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Em outras palavras, para que uma conduta seja incriminada deve haver uma lei anterior proibindo a sua prática, prevendo aquela conduta humana como crime e determinando uma sanção para quem realizar o fato previsto na norma.

Trata-se do mais basilar e fundamental dos princípios penais e garante a segurança jurídica, evitando arbítrios e abusos, legitimando o *jus puniendi* do Estado em matéria penal somente mediante existência de norma expressa, escrita e prévia (*nullun crimem*, *nulla poena sine lege praevia*, *scripta et stricta*).

A previsão constitucional do referido princípio é quase idêntica à do Código Penal e se encontra no art. 5º, inc. XXXIX, da seguinte forma: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A legalidade possui uma série de funções e, para desenvolvê-las, primeiramente vamos analisar o termo “lei anterior” utilizado pelo legislador, e se não há crime “sem lei anterior” que o defina é sinal de que primeiro é preciso uma lei prevendo o fato como proibido para que a partir desta lei a conduta seja reprovada.

Assim surge a primeira função da legalidade:

Proibir a retroatividade da lei penal incriminadora: em outras palavras, uma lei que venha depois do fato não poderá tratar este fato anterior como crime. A lei penal não pode retroagir para alcançar fatos anteriores a ela.

Surge assim o primeiro princípio decorrente da legalidade, o *Princípio da Irretroatividade* previsto expressamente no art. 5º, inc. XL, CF, primeira parte ("a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu").

Em segundo lugar, deve-se olhar para o conceito de legalidade e perceber que este afirma que não há "crime" sem lei anterior que o defina, portanto podemos perceber que o princípio da legalidade exige expressamente que haja uma lei anterior somente no que tange a aspectos incriminadores, mas não se refere em momento algum a uma anterioridade no que diz respeito a direitos ou benefícios.

Desta forma, se o legislador quisesse exigir anterioridade de lei penal para concessão de benefícios ou direitos, esta seria a hora e o lugar de fazê-lo, ou seja, teria que ter previsto expressamente o princípio da legalidade da seguinte forma "não há crime, *nem direitos ou benefícios* sem lei anterior que os defina".

Como isso não ocorreu, devemos fazer uso de uma regra básica de hermenêutica – "tudo o que a lei não proíbe considera-se permitido" – para constatar que o princípio da legalidade não proíbe a retroatividade de lei posterior quando esta vier para conceder direitos ou benefícios, surgindo assim mais um princípio decorrente da legalidade e da sua primeira função, o conhecido *Princípio da Retroatividade da Lei Penal mais Benéfica*, que se encontra expressamente previsto nos art. 2º, parágrafo único, CP ("A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado") e art. 5º, inc. XL, CF (segunda parte).

Dentro do estudo da retroatividade das leis penais merece atenção um conhecido instituto de Direito Penal – a *abolitio criminis* – ou seja, a abolição do crime, que possui alguns aspectos interessantes e consequências instigantes vinculadas ao estudo destes princípios penais.

Conforme nosso Código Penal em seu art. 2º, *caput*: "Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória".

Obviamente a inter-relação que estamos fazendo deste instituto com o princípio da retroatividade mais benéfica também foi feita pelo legislador ao acrescentar o já citado parágrafo único do art. 2º do nosso CP.

Na verdade a *abolitio criminis* é o exemplo mais sólido e evidente de

retroatividade de lei mais benéfica que pode existir. Por se tratar de norma que deixa de considerar certas condutas como crime, ou seja, quando uma nova lei deixa de considerar crime algo que antes era assim considerado, retirando o seu caráter proibido e fazendo com que o fato não seja mais crime, isso é o que de mais benéfico pode ocorrer em relação à referida conduta, pois ela deixa de existir como crime para a ordem jurídica.

Desta forma, em face da retroatividade mais benéfica, o primeiro e principal efeito de uma *abolitio criminis* será retroagir alcançando todos os fatos praticados anteriormente, ainda que tenha já ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com isso, todos os efeitos penais da condenação deixarão de existir, a começar pela pena, seja ela de que natureza for (privação de liberdade/restrição de direitos/multa), bem como os chamados efeitos secundários, por exemplo, a reincidência e os maus antecedentes; na verdade será como se o fato jamais houvesse existido para o Direito Penal.

É importante lembrar que a *abolitio criminis* possui a natureza jurídica de causa de extinção da punibilidade (art. 107, III, CP), mas não tem qualquer incidência sobre os efeitos civis provenientes da prática do fato; logo, mesmo após a abolição do crime, permanece por exemplo a obrigação de indenizar pelos danos materiais ou mesmo morais decorrentes do fato.

Um exemplo de *abolitio* ocorreu com a Lei n. 11.106/2005, que veio para, dentre outras coisas, abolir alguns crimes retirando-os do ordenamento jurídico, como ocorreu com o famoso crime de adultério (art. 240, CP), o crime de sedução (art. 217, CP), bem como com o rapto consensual (art. 220, CP).

A próxima função da legalidade se refere ao termo “sem lei” utilizado pelo legislador; logo, para que haja crime, deve haver expressa previsão legal que somente poderá ser feita através de uma *lei em sentido estrito*, exclusivamente produzida no âmbito federal (cf. art. 22, I, CF) e que respeite todo o processo legislativo estabelecido na Constituição, ou seja, nenhum outro instrumento normativo pode criar crime senão por via de uma lei federal.

Assim, surge a segunda função do princípio da legalidade:

- *Proibir incriminações com base em costumes e na analogia*: em outras palavras, não é possível incriminar um fato com base simplesmente em um costume social, ou por razões de conveniência social, bem como não se pode aplicar uma lei incriminadora a uma situação que não esteja expressamente prevista em seu texto. Por mais que a situação fática

realmente se pareça com o que consta no texto legal, sempre será preciso que haja manifestação prévia do poder legislativo, através de lei, para que algo seja considerado crime.

Podemos então, com base nesta função supramencionada, afirmar que em matéria de Direito Penal não se admite *analogia in malan partem*, ou seja, não se admite o uso da analogia para prejuízo, para o mal da parte, para incriminar condutas, porém se deve aplicar sempre a *analogia in bonan partem* para beneficiar o agente.

Com base nesta função limitadora do uso da analogia, para normas incriminadoras, surge então o terceiro princípio decorrente da legalidade – o *Princípio da Taxatividade* –, pois, já que não há crime sem que o fato esteja previsto expressamente em lei e não se admite a analogia para ampliar o alcance incriminador da norma, o rol de condutas definidas como crime no texto da lei será sempre taxativo, ou seja, fechado.

Finalmente, concluindo a análise do princípio da legalidade, deve-se atentar para o fato de que o seu conceito traz ainda outra função e que se extrai agora da análise do termo "defina", presente no próprio texto do art. 1º, CP.

Definir significa delimitar, dar os contornos, conceituar algo, e, portanto, se "não há crime sem lei anterior que o *defina*" significa que a lei penal deverá delimitar, determinar da forma mais exata e precisa aquilo que pretende considerar crime.

Percebe-se que ao incriminar uma conduta o legislador deve deixar claro e especificar aquilo que pretende proibir, não devendo fazer uso de expressões vagas, abertas ou indeterminadas, embora infelizmente saibamos que nem sempre esta regra seja respeitada.

Assim surge a última função do princípio da legalidade:

- *Proibir incriminações vagas, abertas ou indeterminadas*: de acordo com esta função quanto mais precisa for a fórmula legal incriminadora maior segurança jurídica o tipo penal oferecerá, diminuindo o subjetivismo interpretativo do aplicador da lei e restringindo ao máximo o âmbito de abrangência das normas penais.

Com base nesta função emerge o último princípio decorrente da reserva legal, qual seja – o *Princípio da Determinação* – que tem como principal característica garantir que o legislador será o mais preciso e determinado no momento de criar um tipo penal incriminador, especificando ao máximo aquilo que pretende abranger com a norma penal.

Para o entendimento do princípio da determinação deve-se diferenciá-lo do princípio da taxatividade, sendo que, embora os conceitos estejam de certa forma interligados (o que tem levado alguns autores erroneamente a tratá-los como sinônimos), é inegável que cada um destes princípios possui características específicas, e, portanto, devem ser vistos e tratados como princípios autônomos e independentes entre si.

Podemos estabelecer a diferença da seguinte forma:

- O legislador ao criar um crime deve fazê-lo da forma mais precisa e exata possível, determinando aquilo que deseja incriminar (*Princípio da Determinação*).
- Aquilo que for expresso na lei e determinado como crime não admite extensão ou ampliação, constituindo um rol incriminador fechado e taxativo (*Princípio da Taxatividade*).

Na verdade, o princípio da determinação aparece naturalmente nas tipificações de uma forma geral, por exemplo, o crime de furto não poderia ser definido apenas como “subtrair coisa”, pois isto seria uma incriminação muito vaga e indeterminada, o que acabaria por gerar grande confusão na adequação das condutas cotidianas com o dispositivo penal, dando ao tipo uma abrangência impensável e absurda.

Por isso, ao criar este crime contra o patrimônio (art. 155, CP), o legislador determinou tudo aquilo que desejava tutelar com o tipo penal do furto, dizendo que furtar é subtrair coisa, mas a coisa deve ser alheia; além disso, ser móvel e, ainda, que esta subtração deve ser operada com a finalidade específica de ter a coisa para si ou para outrem. Assim, temos um exemplo de tipo penal, determinado e específico, que atende ao princípio em questão.

Com isso, concluímos esta breve análise do princípio basilar da legalidade. Em resumo vimos que, com base nas funções que ele desempenha no nosso ordenamento jurídico, dele surgem quatro subprincípios (irretroatividade, retroatividade da lei penal mais benéfica, taxatividade e determinação), que na verdade também são princípios fundamentais de Direito Penal, porém decorrentes da própria estrutura e do conceito de reserva legal.

2. Princípio da intervenção mínima

Trata-se do segundo princípio basilar de Direito Penal, sendo que, muitas vezes, esquecido, ignorado e violado, muito mais que somente um princípio, deve ser considerado uma meta a ser alcançada, uma orientação a ser seguida, o

caminho para um Direito Penal moderno, garantista e, portanto, mínimo.

Como o próprio nome diz, este princípio afirma que o Direito Penal deve intervir o mínimo possível nas relações sociais – somente deve atuar e interferir em situações realmente graves e especiais –, onde seja estritamente necessário para garantir a segurança jurídica e a tutela de determinado bem jurídico.

Tradicionalmente, pode-se considerar este princípio como um instituto dirigido ao legislador, que serve exclusivamente para regular a atividade legislativa, quer dizer, em matéria penal a criação de leis deve ser feita de forma cautelosa e seletiva para que somente poucas e específicas violações se erijam à categoria de crime, evitando assim que se vulgarize o conceito de crime e que se reduza a aplicação de penas, consequentemente possibilitando uma menor sobrecarga do judiciário no que tange a processos criminais.

Infelizmente o que vemos, na prática, é exatamente o oposto. Devido a uma série de fatores – o despreparo do poder legislativo, a influência da mídia, os interesses políticos e as pressões da própria sociedade assolada pela violência urbana – tem ocorrido uma desenfreada corrida para a criminalização de condutas, gerando uma tempestade de novas leis criminais.

Entendemos, porém, que, modernamente e além do que é usualmente afirmado pela doutrina, já é possível vislumbrar a utilização do princípio da intervenção mínima pelo próprio aplicador da lei penal (p. ex.: magistrado, promotor), dando a este princípio uma segunda conotação mais concreta e uma aplicação muito mais prática e efetiva dentro de um Direito Penal de garantias.

Este posicionamento fundamenta-se na ideia de que o princípio da intervenção mínima deve ser visto também como um dos fundamentos estruturais do conceito de tipicidade material, um dos elementos abordados pela famosa *teoria da tipicidade conglobante* e que, além disso, hoje informa o conceito de fato típico adotado pelo STF.

A intervenção mínima, então, destina-se, via de regra, a limitar a atuação do Direito Penal na vida em sociedade, vinculando a criminalização das condutas e restringindo a produção legislativa em matéria criminal somente a situações em que isto seja estritamente necessário. Assim, podemos entender por que se afirma que o Direito Penal é a *ultima ratio* (última alternativa, última forma, último meio) para a tutela de bens jurídicos.

Portanto, do *Princípio da Intervenção Mínima* surgem dois princípios decorrentes.

2.1 Princípio da fragmentariedade

Se o Direito Penal deve intervir minimamente na proteção de bens jurídicos, é sinal que ao tutelar um bem específico deve-se fazê-lo de forma fragmentária, ou seja, criminalizando apenas os fragmentos mais importantes e necessários deste bem para garantia do bem-estar social.

Portanto, nem todas as facetas de lesão a um bem jurídico necessitam da intervenção penal, não sendo necessário protegê-lo de forma absoluta, pois se a intervenção deve ser mínima, somente certas formas de lesão deste bem deverão ser objeto do Direito Penal.

Por exemplo: o patrimônio é um bem jurídico que merece a tutela penal; entretanto, nem todas as formas de lesão ao patrimônio alheio devem ser objeto de criminalização; assim sendo, fragmentou-se o bem jurídico "patrimônio" para que o dano praticado de forma intencional (dolosa) fosse criminalizado (art. 163, CP), enquanto a lesão ao patrimônio, praticada através de um dano culposo, não foi considerada crime, mas apenas objeto de proteção do Direito Civil.

2.2 Princípio da subsidiariedade

O Direito Penal é apenas mais um ramo do direito e, junto com os demais (Civil, Tributário, Constitucional, Administrativo etc.), integra o ordenamento jurídico. Porém, como deve intervir minimamente nas relações sociais, funciona de forma subsidiária em relação aos demais ramos, sendo a última alternativa (*ultima ratio*) do legislador para tutelar bens jurídicos, garantir a segurança jurídica e proteger a ordem pública.

Em outras palavras, o Direito Penal só deve ser chamado a atuar, através da criação de uma lei penal, quando os demais ramos do direito forem insuficientes para proteção do bem jurídico em questão.

Por exemplo: lesões ao meio ambiente, tuteladas constitucionalmente (art. 225, CF), não recebiam proteção do Direito Penal, apenas sendo objeto de proteção do Direito Civil por via de ações de reparação de dano e indenizações. Porém, como isso não foi suficiente para garantir a proteção deste bem jurídico, o legislador ordinário decidiu chamar o Direito Penal a atuar (subsidiariamente), criminalizando as condutas lesivas ao meio ambiente por meio da controvertida Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98).

3. Princípio da humanidade ou da dignidade da pessoa humana

O princípio da humanidade é, sem dúvida, o mais básico, fundamental e importante de todos os princípios que estudaremos, já que em curtas palavras este princípio afirma:

- O Direito Penal deve respeitar, sempre e acima de tudo, os direitos humanos fundamentais, garantindo e preservando a dignidade da pessoa humana.

Mais que um princípio, trata-se da pedra fundamental de todo ordenamento jurídico moderno, base do Estado Democrático de Direito e que, possuindo raízes constitucionais (art. 1º, III, CF), informa e rege o Direito Penal em todas as suas esferas, desde a criação das leis até a determinação, aplicação e execução das penas, tendo como principal fonte de referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos Fundamentais.

O princípio da humanidade se aplica ao Direito Penal como um todo; é no âmbito da teoria da Pena que ele aparece de forma mais evidente e de onde se origina sua primordial função:

- Proibir qualquer tipo de sanção que atente contra a dignidade da pessoa humana e que viole os Direitos Humanos Fundamentais.

A partir desta função podemos concluir que ficam absolutamente proibidas, no ordenamento jurídico penal brasileiro, penas como: de morte, de tortura, cruéis, perpétuas, castigos corporais, banimento, trabalhos forçados etc. Porém, o princípio da humanidade, além de proibir uma série de penas, possui também aplicação concreta e vinculada às diversas espécies de pena admitidas em nosso ordenamento jurídico, principalmente no que se refere às penas privativas de liberdade.

É de fundamental importância para compreensão deste princípio entender que sua interferência na teoria da Pena atinge todas as etapas da pena privativa de liberdade, ou seja, ele orienta a cominação, a aplicação/fixação e também a execução das penas, evitando abusos e quaisquer transgressões dos direitos fundamentais.

Ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da humanidade não é apenas um instituto teórico, abstrato e programático, que flutua na superestrutura do ordenamento jurídico penal; muito mais que isso, ele possui aplicação prática e deve gerar consequências concretas.

Chama atenção no estudo do princípio da humanidade em face da teoria da Pena a previsão constitucional de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CF), previsão esta que se confirma no Código Penal Militar para

casos específicos. Na verdade, por mais que estas normas se refiram a situações específicas, excepcionais, anômalas e até improváveis, não há como aceitar que haja este tipo de previsão em nosso ordenamento jurídico.

A simples existência deste tipo de sanção em nossa legislação é motivo de vergonha, além de ser evidentemente contrária ao princípio da humanidade que a própria Constituição Federal prevê em inúmeros dispositivos (art. 1º, III, CF; art. 5º, XLVII e XLIX, CF), bem como também não podemos deixar de ressaltar que são violadores deste princípio todos os ordenamentos jurídicos que ainda insistem em adotar a pena de morte como modalidade de pena criminal.

No que tange às penas privativas de liberdade, em face do princípio da humanidade, podemos questionar ainda o chamado regime disciplinar diferenciado, incluído na LEP pela Lei n. 10.792/2003, estipulando uma série de medidas restritivas para determinadas hipóteses específicas, o que com certeza afronta e viola a dignidade da pessoa humana.

Acreditamos que este regime diferenciado, além de inconstitucional, é um produto da incompetência estatal em gerir e controlar o sistema penitenciário, efeito da total incapacidade do poder público em aplicar as disposições previstas na própria LEP.

Com isso, violam-se de forma expressa diversos direitos humanos fundamentais sobre o pretexto de garantir a segurança da sociedade e de manter sob controle as massas carcerárias, principalmente aqueles indivíduos considerados mais perigosos (*inimigos do Estado de direito*), algo que jamais deveria ser admitido dentro de um Estado Democrático de Direito.

4. Princípio da lesividade ou ofensividade

O princípio da lesividade, como o próprio nome indica, refere-se diretamente à lesão de bens jurídicos, determinando que para haver crime é preciso que haja um bem jurídico alheio tutelado e suscetível de ser lesionado. Mais ainda, entende-se que no plano conceitual esta lesão deve ser relevante, significante para que o crime se materialize satisfazendo a exigência deste princípio.

Vamos iniciar com a análise da primeira ideia, qual seja, em outras palavras: só há crime se houver lesão ou ofensa possível a um bem jurídico alheio tutelado.

O conceito que acabamos de construir apresenta-se um pouco diferente do que a doutrina costuma prever, isso porque optamos por, já na própria definição do princípio, acrescentar a palavra “possível”, visando a resolver alguns

problemas que inevitavelmente acabam por surgir do conceito clássico e menos preciso que diz apenas: “só há crime se houver lesão a bem jurídico alheio significante”.

A primeira coisa que se deve ter em mente é que o princípio da lesividade, ou ofensividade, como preferem alguns autores, possui duas óticas distintas; uma primeira, abstrata e estrutural, que se destina à própria criação de crimes, através da qual, para um fato ser previsto na lei como crime, é preciso que haja um bem jurídico alheio tutelado, a ser lesionado com a realização da conduta prevista.

Numa segunda ótica, mais concreta, o princípio da lesividade vai se dirigir à efetiva prática das condutas típicas, estabelecendo que elas só serão materializadas a partir do momento em que o agente entrar no âmbito alheio, atentando contra o bem jurídico de outrem.

O princípio da lesividade possui uma grande função prática, que se refere tanto à primeira ótica, abstrata e direcionada ao legislador, quanto à segunda ótica, mais concreta e direcionada ao aplicador da norma na avaliação das condutas humanas. Então, vamos analisá-la para poder delimitar suas consequências.

Função decorrente do princípio da lesividade:

- *Proibir a incriminação de fatos internos* (sentimentos, emoções, vontades, desejos) e de *condutas que não ultrapassem a esfera do próprio agente*, ou seja, que não afetem bem jurídico de terceiro.

Desta forma, o princípio da lesividade desempenha uma função essencial para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito, pois impede que um crime seja criado com base apenas em interesses do Estado, ou de certas pessoas, evitando que, por meio do Direito Penal, haja qualquer tipo de perseguição ou discriminação.

Graças a esta função limitadora desempenhada pela lesividade ninguém pode ser incriminado ou punido, por exemplo, por ser rico ou pobre, gordo ou magro, negro ou branco, católico ou muçulmano etc.; e, ainda, não haverá crime em estar, sentir ou desejar algo, o que garante a liberdade de pensamento, opinião, crença, dentre outras, e evita que o Direito Penal seja utilizado como instrumento odioso de controle e repressão, como já ocorreu antes em regimes não democráticos e ditatoriais.

Ainda devido a esta função, o Direito Penal não pode incriminar a autolesão, pois só pode haver crime em relação a um bem jurídico alheio, sendo que condutas autolesivas, independentemente do bem jurídico afetado, devem ser

vistas como um indiferente penal (p. ex.: o suicídio e a tentativa de suicídio não são crime, pois o bem jurídico posto em jogo é a vida pertencente ao próprio agente).

A respeito da autolesão surgem algumas questões que devem ser vistas sob a ótica da lesividade:

- Se o agente, por meio de uma autolesão (ao seu patrimônio ou à sua própria integridade física), fraudar uma seguradora visando a receber um seguro, deverá responder criminalmente (art. 171, § 2º, V, CP), não havendo qualquer violação ao princípio da lesividade, pois não se estará punindo a autolesão do próprio corpo, mas tão somente a lesão ao bem jurídico alheio, qual seja o patrimônio de terceiro (seguradora).

Com base na relação entre o princípio da lesividade e as autolesões impuníveis, surgem inúmeras discussões sobre a constitucionalidade ou não da incriminação de determinadas condutas como: o uso (ou porte para uso) de substância entorpecente – Lei n. 11.343/2006 –, o porte ilegal de arma desmuniciada (ou de munição sem a arma referente) – Lei n. 10.826/2003 –, dentre muitas outras, gerando opiniões absolutamente divergentes na doutrina e na própria jurisprudência quanto à punibilidade e constitucionalidade destas normas.

Ainda inerente à função vinculada à lesividade que proíbe a punibilidade de condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio autor, surge outra consequência de suma importância e de grandes repercussões práticas na teoria do crime:

- Os atos preparatórios não são puníveis em Direito Penal, pois não atingem a esfera alheia e não chegam a afetar bens jurídicos de terceiros.

Quanto aos atos preparatórios, vamos fazer apenas uma breve lembrança de sua estrutura e conceito, de acordo com a análise das etapas de realização dos crimes dolosos (*iter criminis)* para que possamos tirar as conclusões inerentes à lesividade.

Trata-se da segunda etapa no processo de realização de um crime doloso em que o agente materializa no mundo concreto condutas preparatórias que visam a viabilizar, preparar e facilitar a prática do delito, porém nesta etapa o agente não chega a interferir no âmbito alheio e se restringe a atos inerentes à sua própria esfera pessoal (p. ex.: comprar uma faca, planejar os horários e locais de sua ação, alugar um esconderijo etc.).

Desta forma, o ato preparatório será absolutamente impunível em Direito

Penal, pois se trata de conduta que de forma alguma atenta contra bem jurídico alheio e por isso não possui qualquer lesividade, sendo, portanto, um indiferente penal.

Em algumas situações o legislador percebeu que a mera preparação para a prática de uma infração já era por si mesma perigosa e lesiva para o ordenamento jurídico, porém como se tratava de meros atos preparatórios não seria possível punir preventivamente estas condutas, pois o princípio da lesividade veda a punição de simplesmente "preparar-se para cometer determinado crime" por ainda não se ter afetado bem jurídico alheio.

Contudo, em certas hipóteses, o legislador decide criar novos tipos penais para incriminar meras condutas preparatórias que considera já serem por si sós perigosas e violadoras de bens jurídicos. Estas condutas, antes impuníveis por serem simples preparação para outro crime, transformam-se assim em delitos autônomos e, nestes casos, o que era mero ato preparatório se torna crime por expressa previsão legal, deixando de ser mero ato preparatório para ser uma conduta autônoma punível como crime.

Podemos citar dois exemplos bastante elucidativos:

1) O crime de formação de quadrilha (art. 288, CP – "Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes"), que seria mero ato preparatório para outros crimes, foi transformado em um crime autônomo que será punido independentemente da realização ou não dos crimes para os quais a quadrilha se formou.
2) O crime do art. 291, CP, afirma: "Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, *possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda*" (grifo nosso). Logo, o simples ato de se preparar para falsificar moeda, que seria mero ato preparatório para a falsificação (art. 289, CP), passou a ser considerado, por expressa previsão legal, um crime autônomo independentemente de qualquer moeda chegar a ser falsificada.

4.1 Princípio da insignificância ou da bagatela

Passemos então à análise da segunda ideia explícita no princípio da lesividade, qual seja, de que as lesões a bens jurídicos alheios devem ser significantes, relevantes para que se considere que houve crime. Em outras palavras, lesões mínimas, ínfimas e pequenas, mesmo que produzidas dolosamente a um bem jurídico alheio, não são suficientes para materializar a

infração penal, portanto não se deve considerar o fato como crime.

Com base no raciocínio acima exposto podemos concluir que surge então um princípio decorrente do conceito de lesividade – o princípio da insignificância ou da bagatela – que possui a seguinte definição:

- Não há crime se a lesão ao bem jurídico alheio for pequena, insignificante e irrelevante; nestes casos o fato deverá ser considerado **atípico**.

Desta forma, com base no entendimento atual do STF para a estruturação do fato típico, a tipicidade penal depende não só do conceito de tipicidade formal, traduzida no próprio artigo de lei, ou seja, descrição na lei da conduta humana proibida, mas também do preenchimento da chamada tipicidade material, ou seja, lesão relevante a um bem jurídico de terceiros.

Fica clara a inter-relação existente entre o conceito de tipicidade material e o princípio da insignificância, pois se uma conduta formalmente típica produzir uma lesão ínfima, insignificante ao bem jurídico tutelado, esta lesão não será suficiente para materializar o tipo, não produzindo tipicidade material e gerando assim a total "atipicidade" do fato.

Sendo assim, podemos resumir a atual visão do Supremo Tribunal Federal a respeito do conceito de fato típico com a seguinte fórmula:

Tipicidade penal = Tipicidade formal + Tipicidade material

Embora a ideia de uma lesão insignificante acabe por nos levar a pensar automaticamente em valores econômicos e consequentemente nos remeta ao âmbito dos crimes patrimoniais, este princípio não está restrito a esta espécie de crime, aplicando-se a qualquer tipo de infração penal em que seja possível vislumbrar uma lesão ínfima ao bem jurídico tutelado pela norma.

Desta forma, embora a maioria de casos envolvendo o princípio da insignificância seja de crimes de natureza patrimonial, como *furto* (art. 155, CP), *dano* (art. 163, CP), *apropriação indébita* (art. 168, CP), *estelionato* (art. 171, CP) e *receptação* (art. 180, CP), nada impede que ele possa ser aplicado também a crimes de natureza diversa como *lesão corporal leve* (art. 129, CP), *lesões corporais culposas* (art. 129, § 5º, e art. 303, Código de Trânsito – Lei n. 9.503/97), certas condutas previstas na Lei de Tóxicos – Lei n. 11.343/2006 (conforme entendimento do STF), *atos obscenos* (art. 233, CP), *crimes contra a honra* (arts. 138, 139 e 140), *crimes militares e contra a administração pública* (de acordo com recentes decisões do STF), dentre muitos outros.

Obviamente, há certos crimes em que a aplicação da insignificância é inviável devido à natureza grave da conduta, ou da grande importância do bem

jurídico protegido, como nos crimes contra a vida, pela absoluta indisponibilidade do bem jurídico (arts. 121 a 126, CP), e crimes com violência ou grave ameaça à pessoa (p. ex.: roubo – art. 157, CP e estupro – art. 213, CP).

Vejamos alguns exemplos concretos de aplicação da insignificância em que as condutas, embora estejam formalmente previstas na lei como crime, não devem ser assim consideradas, sendo o fato tratado como absolutamente atípico e indiferente para o Direto Penal:

- Furto de uma caneta em uma papelaria, ou de dez reais do caixa de um mercado, ou, ainda, se alguém avança um sinal de trânsito e atinge um pedestre na perna causando um simples arranhão, ou, então, quebrar intencionalmente um copo de vidro comum em um restaurante em protesto pelo mau atendimento.

É importante lembrar que a ausência de crime devido à insignificância da lesão ao bem jurídico atingido não exime a responsabilidade civil do agente pelos danos materiais, ou mesmo morais, provenientes da conduta praticada. Logo podemos afirmar que a adoção do princípio da insignificância em Direito Penal não produz efeitos na esfera cível.

O grande problema relativo ao estudo da insignificância é exatamente a delimitação do que pode ser considerado insignificante ou não e de como definir um padrão ou um parâmetro para que se considere um fato atípico em face da aplicação do princípio em questão.

Na verdade, a doutrina em geral não estabeleceu ainda uma regra ou critério para se avaliar a insignificância ou não de uma lesão e por isso há imensa divergência jurisprudencial a respeito do tema, o que vem ocasionando decisões absolutamente díspares, divergentes e até mesmo contraditórias nos tribunais do País.

Porém, o STF vem adotando alguns critérios para delimitação da aplicação ou não do princípio da insignificância, embora sempre haja uma grande dose de subjetivismo nas suas decisões, são eles:

a) mínima ofensividade da conduta do agente;

b) ausência de periculosidade social da ação;

c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; e

d) inexpressividade da lesão ao bem juridicamente tutelado.

5. Princípio da culpabilidade (culpa-habilidade): fundamento da responsabilidade penal subjetiva

O primeiro passo para se estudar o princípio da culpabilidade é entender que o termo “culpabilidade” possui na verdade três aspectos distintos dentro da dogmática jurídico-penal, e, embora a terminologia imprecisa, produto da nossa língua, refira-se a todos com a mesma denominação de culpabilidade, cada um deles possui características e funções absolutamente diferentes.

De uma forma sucinta, vamos delimitar os três aspectos da culpabilidade em nosso ordenamento jurídico para que possamos nos aprofundar no estudo do primeiro deles, qual seja a culpabilidade como princípio fundamental de Direito Penal.

Assim a culpabilidade pode ser vista como:

5.1 Princípio fundamental de direito penal

Traduzido na expressão *nullum crimem sine culpa*, ou seja, não há crime sem culpa, trata-se do fundamento de toda a teoria finalista da ação adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 Elemento estrutural do conceito de crime

De acordo com a dogmática moderna amplamente dominante, o conceito de crime possui três elementos integrantes, quais sejam, a Tipicidade, a Ilicitude e a Culpabilidade; esta última significa, em poucas palavras, a reprovabilidade pessoal da conduta praticada.

5.3 Fundamento e limite da pena

Esta concepção, intimamente ligada à anterior, significa que a pena criminal deve se fundamentar e ser limitada de acordo com o grau de reprovação (culpabilidade) que uma conduta possua, ou seja, quanto mais reprovável for o fato praticado maior deverá ser a pena aplicada ao seu autor. Aqui, o conceito de culpabilidade se relaciona diretamente com a teoria da Pena, sendo o primeiro e mais importante fator para determinação da sanção penal concreta (art. 59, CP).

O princípio da culpabilidade é o quinto princípio basilar de Direito Penal que vamos analisar e se origina do conhecido brocardo latino *nullum crimem, nulla poena sine culpa*, ou seja, não há crime ou pena sem culpa; e abrindo um pouco mais esta definição poderíamos traduzir o princípio da culpabilidade por meio da ideia de que não há crime ou pena sem que alguém seja o “culpado”, o responsável pela lesão ao bem jurídico tutelado.

Este princípio se refere à culpa inicialmente em seu sentido lato, vulgar, comum, que pode ser entendido como um sinônimo de “responsabilidade”;

portanto, uma conduta só será tratada como crime se quem a praticou tiver agido com “culpa”, ou seja, se puder ser responsabilizado por ela; caso contrário, o fato praticado, mesmo causando lesão a um bem jurídico alheio tutelado, deverá ser considerado **atípico**.

Porém, o conceito amplo de “culpa” (*lato sensu*) deverá ser dividido em dois outros elementos, que serão essenciais para uma conduta ser considerada típica e para que o fato seja crime, são eles:

1) *Dolo:* de forma simples pode ser considerado como intenção, intuito, finalidade da conduta do agente.
2) *Culpa (stricto sensu)*: significa falta de cuidado, configurando um atuar irresponsável, imprudente por parte do agente.

Portanto, de acordo com o princípio da culpabilidade, todo aquele que tiver atuado com intenção de produzir um resultado (lesão a bem jurídico), ou faltando com o cuidado devido em relação à sua ocorrência, poderá ser considerado culpado, leia-se, responsável pelo fato, respondendo pelo crime.

Contrário senso, se ocorrer uma lesão a um bem jurídico alheio, mas for constatado que não houve intenção (dolo) nem falta de cuidado (culpa) na conduta do agente, ele não poderá ser responsabilizado pelo fato devido à ausência de culpa (*lato sensu*), e de acordo com o princípio da culpabilidade o fato será considerado **atípico**.

Dentro da análise da culpabilidade como um princípio fundamental do Direito Penal, é preciso ressaltar sua função de negar absolutamente a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado, ou seja, aquela embasada exclusivamente nos fatos praticados e seus resultados. A responsabilidade penal é necessariamente subjetiva, pois somente condutas praticadas com dolo ou culpa devem ser punidas, sendo a “culpa” (sentido *lato*) requisito indispensável para que o fato seja considerado crime e para que se torne possível a atribuição da pena.

Vejamos os seguintes exemplos:

1) Se alguém querendo matar seu desafeto dispara arma de fogo contra ele possui culpa (sentido amplo), no que se refere à lesão ao bem jurídico vida, por ter agido com intenção (dolo), logo responderá pelo crime praticado.
2) Se alguém resolve limpar sua arma e por não a ter desmuniciado antes acaba por produzir acidentalmente um disparo que mata uma pessoa, possui culpa (amplo senso), pois atuou com falta de cuidado (culpa em “sentido estrito”) no que se refere à lesão ao bem jurídico vida lesionado, respondendo pelo

crime culposo praticado.

3) Porém, se alguém dirigindo seu carro, em uma via expressa, dentro da velocidade permitida e cumprindo todas as regras de trânsito, é surpreendido por um indivíduo que se joga repentinamente na frente do veículo e, devido a isso, não consegue frear, matando esta pessoa, devemos chegar às seguintes conclusões:

   a) Por não ter agido com intenção de matar, não possui dolo.

   b) Por não ter faltado com o cuidado devido, não possuirá culpa (*stricto sensu*).

Portanto, de acordo com o princípio da culpabilidade, neste caso, o agente não possuirá "culpa" (sentido amplo) no resultado morte, ou seja, não possuirá responsabilidade em relação ao resultado ocorrido; logo, devido à ausência de dolo e culpa na conduta praticada, não haverá crime, e o fato será considerado atípico.

Nas precisas palavras do professor Nilo Batista:

> O princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em Direito Penal uma responsabilidade objetiva, derivada somente da associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. A responsabilidade penal é sempre subjetiva (BATISTA, 1999, p. 104).

O princípio da culpabilidade evita punições injustas baseadas somente em um resultado lesivo, pois somente atuando com dolo ou culpa é que alguém pode ser responsabilizado por um crime e merecer punição, impedindo-se assim, de forma absoluta, a responsabilidade penal objetiva, sem culpa (sentido amplo).

Para melhor visualização e entendimento deste conceito devemos fazer uma simples, mas eficaz, separação da palavra "culpabilidade" e perceber que o princípio deve ser visto como o princípio da "culpa-habilidade", ou seja, da habilidade de ser culpado pela lesão a um bem jurídico tutelado, devido necessariamente à natureza dolosa ou culposa da conduta praticada pelo agente.

Para finalizar, é importante mais uma vez lembrar que não se podem confundir os conceitos de culpabilidade – princípio fundamental de Direito Penal, sinônimo de responsabilidade penal e requisito para que uma lesão a um bem jurídico seja considerada típica – com o conceito de culpabilidade elemento integrante do conceito de crime definida como juízo de reprovabilidade da conduta, que junto com a tipicidade e a ilicitude compõe o conceito analítico de

crime.

É óbvio que a culpabilidade neste segundo aspecto, significando reprovação da conduta típica e ilícita praticada, também será requisito e elemento necessário para que determinado fato seja considerado crime, bem como para que se puna a conduta do agente. Entretanto, como já foi dito, esta culpabilidade é diferente do princípio que acabamos de abordar e não tem qualquer relação com o dolo e a culpa que, a partir do finalismo, passaram a estar vinculados à análise da conduta e devem ser trabalhados dentro do próprio tipo penal, para que na sua ausência se constate a atipicidade do fato.

6. O princípio da pessoalidade ou da intranscendência da pena (art. 5º, XLV, CF)

Trata-se do sexto princípio basilar de Direito Penal e de acordo com os dizeres do art. 5º, inc. XLV, da própria Constituição Federal:

> Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O princípio da pessoalidade se refere diretamente à aplicação e à execução das penas, e, independentemente da espécie de sanção penal que for aplicada (privação de liberdade, restrição de direitos, ou multa), esta jamais poderá ultrapassar a pessoa do autor, ou seja, em outras palavras, ninguém poderá cumprir uma pena ou mesmo fração dela no lugar daquele que cometeu o crime.

Desta forma, as sanções penais, incluindo as três espécies de pena e também as medidas de segurança, são personalíssimas, ou seja, destinam-se unicamente a quem a elas tiver sido condenado (sentido amplo); portanto, por imposição constitucional, uma sanção penal não pode jamais ser transferida a outrem.

Uma das evidências do princípio da intranscendência da pena está no fato de que a morte do agente é considerada uma causa de extinção da punibilidade (art. 107, I, CP); logo, se o autor do fato morre, com ele morre a pena que lhe seria imposta, ou mesmo aquela que ele já tenha cumprido parcialmente, não sendo possível que esta pena se transfira, por exemplo, para um familiar.

No que se refere às penas privativas de liberdade, a afirmação acima referente à intranscendência da pena é bastante óbvia e simples, pois seria um absurdo imaginar que alguém pudesse receber de herança uma pena de 4 anos de

prisão, cujo falecido pai, condenado a 8 anos de reclusão, só chegou a cumprir metade.

Entretanto, as consequências do referido princípio ficam mais interessantes quando se pensa em uma pena de natureza pecuniária, como a pena de multa, dando origem a algumas indagações em face de certos dispositivos legais e teses referentes a este tema.

O art. 51 do nosso Código Penal afirma que: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”. Portanto, com base neste dispositivo legal, podemos tirar as seguintes conclusões:

1) Por ser vista como dívida de valor, a pena de multa jamais poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, devendo ser executada como qualquer outra dívida de valor para com a fazenda pública. Por analogia o mesmo deve se aplicar às penas restritivas de direito de caráter pecuniário (p. ex.: a prestação pecuniária).
2) Por se tratar de dívida de valor vinculada a todas as regras de execução de dívidas da fazenda pública, a pena de multa não paga deve ser cobrada pela procuradoria da fazenda como qualquer outra dívida, não sendo da competência do Ministério Público executar esta pena, embora quanto a esta questão haja divergência doutrinária (cf. Fernando Capez) e jurisprudencial.

Em razão das consequências supracitadas, surge a ideia de que como a pena de multa não paga passa, por imposição legal, a ser considerada dívida de valor, deveria então ser possível transferi-la aos herdeiros do condenado, respeitando o limite da herança, como ocorre com qualquer dívida de valor comum deixada por alguém.

Na verdade, em que pese este raciocínio, não podemos esquecer que a multa criminal possui a natureza jurídica de legítima **pena**, oriunda da prática de crime, estando, portanto, também vinculada ao princípio penal basilar da intranscendência das penas; e o referido art. 51 do CP, embora oriente a forma de execução das dívidas provenientes da aplicação destas multas, não tem a capacidade de modificar sua natureza jurídica originária, que como dissemos é de sanção penal sujeita ao princípio da pessoalidade.

Não se deve confundir a aplicação deste princípio com as situações de prisão civil por dívida alimentícia, isto porque, esta modalidade de prisão não se trata de sanção de natureza penal e muito menos possui natureza de pena. Como

possui natureza de sanção civil, sendo apenas medida coercitiva para garantir a solvência da referida dívida, a prisão civil não está sujeita ao princípio da pessoalidade, podendo se comunicar e atingir os próprios familiares do devedor inadimplente, embora também haja alguma divergência a respeito do tema.

O princípio da pessoalidade, ao afirmar que a sanção é individual e intransferível, competindo apenas a quem tenha praticado o fato, abre caminho para o surgimento de um princípio decorrente vinculado à noção de que a pena deve atender a ideia de individualidade e exclusividade também no momento do seu cálculo e execução, dando origem assim ao conhecido princípio da individualização da pena, que passaremos a abordar a seguir.

6.1 O princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF)

O princípio da individualização da pena é hoje objeto de inúmeras discussões e divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência por causa das muitas consequências que sua correta aplicação ocasiona, sendo que em uma primeira análise sua ideia central é que as sanções penais devem ser absolutamente individualizadas no momento de sua aplicação e também durante a sua execução.

O que se afirma por meio deste importante princípio, que para nós decorre do princípio da intranscendência da pena e que possui raízes também nos diversos aspectos da culpabilidade, é que a pena criminal, mais que intransferível, é sempre individual, devendo ser calculada para cada agente separadamente, de acordo com o grau de reprovação que este possua, não importando se dois ou mais agentes realizaram o mesmo fato em circunstâncias idênticas – a pena deve ser sempre aplicada (calculada) individualmente para cada um dos autores separadamente.

Entretanto, não é só durante a dosimetria da pena concreta que o princípio da individualização atua; este interfere também durante a sua execução, atuando principalmente em relação ao cumprimento das penas privativas de liberdade no que tange à concessão, ou não, de benefícios como a progressão de regimes, o livramento condicional e a remição da pena por intermédio do trabalho prisional, pois em face deste princípio cada condenado deverá receber da justiça tratamento individual em relação a poder ou não gozar dos referidos benefícios.

Com base na aplicação do princípio da individualização na etapa de execução das penas, surgiu a famosa divergência doutrinária e jurisprudencial referente à

consonância da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) com este princípio, fundamentalmente porque o revogado art. 2º, § 1º, desta lei, previa que o regime de cumprimento de pena para os crimes por ela considerados hediondos deveria ser o integralmente fechado, portanto insuscetível de progressão independentemente de quem seja o condenado, ou de seu comportamento durante o cumprimento da pena.

Considerando que a própria Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XLVI, prevê que: "lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: *a*) privação ou restrição da liberdade; *b*) perda de bens; *c*) multa; *d*) prestação social alternativa; *e*) suspensão ou interdição de direitos", e que a Lei de Execuções Penais expressamente diz: "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal", o problema ganha corpo e a divergência aumenta.

Desta forma, parece evidente que o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos que prevê o regime integralmente fechado, para quem cometa esta espécie de crime, realmente viola o princípio da individualização das penas, bem como o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, I, CF), e por isso há muito deveria ter sido considerado inconstitucional, algo que só aconteceu a partir do julgamento do HC 82.959/2006 pelo STF, motivando a edição da Lei n. 11.464/2007, que estipulou um regime inicialmente fechado para estes crimes.

Assim sendo, os autores de crimes considerados hediondos, ou a eles equiparados pela Lei n. 8.072/90, passaram a ter a possibilidade de progredir de regime de acordo com seu comportamento individual durante o cumprimento da pena em face do princípio da individualização das penas, progredindo gradativamente de regime de acordo agora com as regras previstas na nova Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 11.464/2007), que, além de possibilitar a progressão, estipulou novos valores para isso (2/5 e 3/5 para reincidentes).

Não devemos esquecer que a progressão para crimes hediondos apenas se tornou possível, sendo aplicável conforme as regras gerais de nossa legislação, mas, nem de longe, tornou-se obrigatória para estes ou qualquer outro crime, sendo que também nesta modalidade de crime somente poderão passar para um regime menos rigoroso os condenados que durante o cumprimento da pena preencherem todos os requisitos legais da progressão e desta forma demonstrarem fazer jus ao benefício.

Quanto à possibilidade de se aplicar a progressão de regimes para os crimes hediondos praticados anteriormente à nova lei, atualmente é amplamente

majoritário no STF o entendimento de que esta será plenamente cabível, entretanto isto deverá ocorrer seguindo-se os parâmetros estabelecidos pela LEP para a progressão (1/6 da pena) e vigentes à época, já que os novos parâmetros estabelecidos pela Lei n. 11.464/2007 (2/5 e 3/5) são normas mais severas, e, portanto, não podem retroagir para atingir fatos anteriores.

7. Princípio da adequação social da conduta

O princípio da adequação social da conduta, desenvolvido por Welzel junto com a delimitação da própria Teoria Finalista da Ação, necessita hoje de uma cautelosa análise que torne possível entender sua verdadeira função dentro do nosso ordenamento jurídico. Mais que isso, será preciso dar a este princípio uma nova roupagem, para que ele possa se adequar e coexistir com os demais princípios fundamentais, dentre eles, principalmente o da reserva legal, o da intervenção mínima e o da lesividade.

Não nos parece que este princípio deva ser colocado no mesmo grupo dos princípios fundamentais de Direito Penal pelo fato de se tratar de um princípio informador autônomo que atua essencialmente como uma orientação de política criminal, servindo como uma espécie de ponte entre o Direito Penal e a constante evolução da sociedade e seus conceitos.

Na verdade, a adequação social nunca teve uma estrutura bem delimitada, e sua definição, bem como suas funções, são bastante controvertidas e imprecisas, o que inevitavelmente tem gerado muitas interpretações errôneas a respeito deste princípio, pois não se pode, apenas pelo fato de uma conduta se tornar aceita socialmente, deixar de puni-la criminalmente, pois isto viola frontalmente o princípio da legalidade.

Sendo assim, por evidentes contradições técnicas e teóricas, o princípio da adequação social não deverá ser aplicado sob esta ótica, pois se uma conduta se subsume a um tipo penal não pode o aplicador da norma, em face apenas de uma valoração social da conduta, deixar de aplicar o dispositivo legal, sob pena, como dissemos, de estar violando expressamente o princípio da reserva legal e da própria tipicidade penal.

Em nosso entender, o princípio da adequação social não pode ser visto como um princípio por meio do qual seja possível deixar de se aplicar uma norma penal expressa, pois violaria diretamente o princípio da legalidade e estaria desrespeitando a própria tipicidade penal (*aspecto material*), porém pode servir como fato gerador de uma *abolitio criminis*, em que por via de outra lei um

crime deixará de fazer parte do ordenamento jurídico (*aspecto formal negativo*).

Além disso, atrelado à ideia de intervenção mínima e de lesividade, o princípio da adequação social (*aspecto formal positivo*) pode e deve influenciar a escolha do legislador a respeito de quais condutas serão previstas como crime pela lei penal, excluindo do processo de tipificação aquelas que sejam consideradas socialmente adequadas.

8. As contravenções penais sob a ótica dos princípios fundamentais

As contravenções penais vêm previstas no Decreto-lei n. 3.688/41 e nada mais são do que condutas de menor gravidade que o legislador achou por bem não considerar crime, preferindo separá-las em uma norma específica, assim prevendo para elas sanções de menor gravidade.

Entretanto, no que tange à sua estrutura, as contravenções penais em nada diferem de um crime, ou seja, possuem uma descrição típica formada de elementos objetivos e subjetivos e vinculam-se aos conceitos de ilicitude e de culpabilidade da mesma forma que o conceito de crime, sendo que sua principal e grande diferença encontra-se nas espécies e quantidades de pena que lhes são atribuídas.

Porém, se fizermos uma análise das contravenções penais em face de alguns princípios fundamentais de Direito Penal vamos perceber muitas contradições e conflitos no que tange a esta espécie de infração penal, o que pode gerar até mesmo dúvidas a respeito da sua real necessidade, bem como da possibilidade de aplicação concreta de certas contravenções que parecem não ser compatíveis com determinados princípios de Direito Penal.

O princípio da intervenção mínima talvez seja o pivô de todo o problema, porém será preciso que ele seja aplicado conjuntamente com os princípios da insignificância e da adequação social da conduta – esta essencialmente em seu aspecto formal negativo – para que possamos analisar as contravenções de forma a avaliar sua compatibilidade ou não com os referidos princípios.

A Lei de Contravenções, assim como a parte especial do Código Penal, data da década de 1940, e, portanto, as condutas nela descritas muitas vezes apresentam grande defasagem com a realidade do ordenamento jurídico e da sociedade atual, devido à evidente evolução de conceitos e costumes ocorrida durante esses quase 70 anos que nos separam da elaboração desta legislação.

Embora o problema esteja presente também em muitos crimes previstos na

parte especial do Código Penal, bem como na legislação extravagante, carentes de reforma, é na Lei de Contravenções que a situação se agrava e torna-se mais sensível, pois devido à menor gravidade e lesividade das condutas nela previstas as contravenções, mais que qualquer outra infração, muitas vezes se chocam com preceitos dos referidos princípios fundamentais.

Desta forma, inúmeras condutas previstas como contravenções poderiam deixar de ser consideradas infrações penais devido ao fato de terem passado a ser condutas socialmente toleradas e aceitas (princípio da adequação social), ou porque o grau de lesividade destas condutas é insignificante sob a ótica moderna (princípio da insignificância), ou ainda pelo fato de que determinadas lesões poderiam facilmente ser tratadas por outros ramos do direito (princípio da subsidiariedade), sem mais haver real necessidade de serem objeto da tutela penal (princípio da intervenção mínima).

Apenas a título de ilustração, vamos citar algumas contravenções que, em face dos mencionados princípios, acreditamos deveriam deixar expressamente de ser tratadas como infrações penais para, no máximo, serem objeto de tutela de outros ramos do direito, como o Direito Civil e o Direito Administrativo, são elas: arts. 20, 22, 23, 24, 25 e 26; arts. 35, 37, 38, 39 e 40; arts. 50 a 57; art. 58 (jogo do bicho), art. 59 (vadiagem), art. 60 (mendicância), dentre outros.

Note-se que muitas contravenções já estão tácita ou expressamente revogadas pela legislação especial, ou deixaram de ser aplicadas por não terem sido recepcionadas pela nossa Constituição Federal de 1988, razão pela qual se torna cada vez mais urgente uma verdadeira reforma no âmbito das contravenções penais, garantindo maior segurança e estabilidade nas decisões judiciais, evitando as constantes violações e principalmente os conflitos com muitos princípios penais fundamentais.

Capítulo 2

Teoria da Norma

As normas penais, de uma forma geral, poderão se dividir em dois grandes grupos, são eles:

1) *Lei Penal Incriminadora* **–** são aquelas que criam crimes e estabelecem suas penas, estando previstas na parte especial do Código Penal (p. ex.: art. 121, CP – homicídio), ou ainda em leis penais extravagantes (p. ex.: tráfico de drogas – art. 33 da Lei n. 11.343/2006).

2) *Lei Penal Não Incriminadora* – são aquelas que não criam um crime, mas podem explicar, definir um conceito, ou mesmo autorizar determinadas condutas, podendo se dividir em: *lei penal explicativa*, que apenas explica um conceito ou delimita um instituto (p. ex.: art. 1º, CP e art. 327, CP), ou, ainda, *lei penal permissiva*, que permite, autoriza a prática de uma conduta sem que o fato seja considerado crime (p. ex.: excludentes de ilicitude – art. 24, art. 25, CP).

1. Modalidades específicas de norma penal

1.1 Leis penais em branco

São todas aquelas que precisam de um complemento para serem aplicadas, interpretadas, já que seu texto traz conceitos abertos que necessitam de delimitação e complementação.

Dividem-se em:

a) *Homogênea ou imprópria* – aquela em que o complemento necessário para sua interpretação e aplicação provém também de uma lei, assim como é a lei penal (lei em sentido estrito).

Exemplo: peculato (art. 312, CP), que ao mencionar o termo "funcionário público" exige que este termo seja delimitado por outra norma presente no próprio CP (art. 327, CP – dá a definição de funcionário público).

b) *Heterogênea ou própria* – aquela em que o complemento necessário provém de uma modalidade de norma diferente de lei. Exemplo: Portaria, Resolução.

Exemplo: tráfico – art. 33 da Lei n. 11.343/2006 –, que ao mencionar o termo

"droga" deverá ser completado por uma portaria do Ministério da Saúde/Anvisa, definindo quais drogas são consideradas ilícitas para nosso ordenamento.

1.2 Lei penal excepcional

É aquela criada para vigorar em situações excepcionais, de anormalidade, e por isso tem seu prazo de vigência condicionado e permanece em vigor enquanto durar a situação que lhe deu causa.

Estas leis possuem a chamada *ultratividade gravosa* e por isso permanecem produzindo seus efeitos, mesmo após o término de sua vigência, para todos os fatos que tenham sido praticados enquanto a lei ainda estava em vigor.

1.3 Lei temporária

São aquelas criadas para certas situações específicas, não necessariamente anormais, por isso possuem prazo de vigência previamente determinado, estabelecido, por exemplo, o Código Eleitoral.

Desta forma, as leis temporárias também possuem ultratividade gravosa e permanecem produzindo efeitos, mesmo após o término do seu prazo de vigência, para fatos praticados enquanto ainda estavam em vigor.

Em suma:

1.3.1 Lei excepcional

a) É aquela criada em face de uma situação de anormalidade, uma calamidade, estado de emergência e, por isso, tem como principal característica o seu prazo de vigência condicionado *(vigência condicionada).*

b) Possui ultratividade gravosa, ou seja, permanece produzindo efeitos mesmo após o seu término de vigência para aquele que praticou o fato enquanto esta ainda estava em vigor.

1.3.2 Lei temporária

a) É aquela criada em razão de uma situação específica e que possui prazo de vigência determinado (*vigência determinada*), ou seja, possui data certa para deixar de vigorar.

b) Também possui ultratividade gravosa.

2. Tempo do crime

De acordo com o art. 4º do Código Penal, o momento do crime se caracteriza pela data da prática da conduta (ação ou omissão), mesmo que outro seja o momento da ocorrência do resultado (*teoria da atividade*).

Vejamos o que dispõe o art. 4º do Código Penal: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

Logo, por exemplo, se um indivíduo menor de idade dispara sua arma para matar alguém e essa vítima vem a falecer 2 meses depois de internada em um hospital; mesmo que na data do óbito (resultado) o agente já tenha completado a maioridade, o agente responderá como menor (data da ação) e de acordo com o ECA.

Observação: nos crimes permanentes, embora a data do crime seja a da prática da conduta, a situação é diferente, pois este após se consumar permanece em estado de consumação, e, por exemplo, se um menor pratica a conduta de sequestro, mas completa 18 (dezoito) anos durante a permanência, ou seja, enquanto a vítima ainda se encontra em cativeiro, responderá como maior. Por exemplo, art. 148, CP.

3. Lugar do crime

O Brasil adota a teoria da ubiquidade ou mista, pela qual tanto faz se considerar como local do crime aquele em que o agente praticou a conduta quanto aquele em que o resultado se produziu, ou deveria se produzir na tentativa (art. 6º, CP).

> Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Como as regras de fixação de competência interna, nas comarcas do território nacional, são regidas pelo processo penal, a real aplicação prática desta teoria em Direito Penal material será definir se a lei brasileira deve, ou não, ser aplicada diante de um crime realizado em nosso território e quando se pode considerar que o crime ocorreu aqui.

Sendo assim, a teoria da ubiquidade irá definir se o crime aconteceu ou não no território nacional, pois caso a resposta seja afirmativa, nas bases do princípio da territorialidade (art. 5º, CP), deverá ser aplicada a lei penal brasileira ao fato.

Portanto, nas bases da teoria da ubiquidade, pode se afirmar que sempre que

o crime “tocar” o território nacional, ou seja, quando ação, ou resultado, ocorrer no Brasil, aplica-se a lei brasileira como regra, ressalvados tratados e convenções internacionais (art. 5º, CP).

Vejamos a redação do art. 5º do Código Penal:

> Art. 5º Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.
> § 1º Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar (Redação dada pela Lei n. 7.209/84).
> § 2º É também aplicável a lei brasileira aos crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional ou em voo no espaço aéreo correspondente e estas em porto ou mar territorial do Brasil (Redação dada pela Lei n. 7.209/84).

O § 2º do artigo em estudo afirma que se aplica também a lei brasileira de acordo com a territorialidade para crimes cometidos em espaço aéreo, mar territorial nacional, bem como em portos ou aeroportos, mesmo que ocorram em embarcação ou aeronave estrangeira de origem privada, já que nestes locais considera-se que o crime ocorreu em território nacional.

Conforme consta do art. 5º, § 1º, as aeronaves e embarcações públicas brasileiras são consideradas, por ficção, extensão do território nacional, valendo a regra da territorialidade e, portanto, aplicando-se a lei brasileira onde quer que se encontrem, ressalvando-se eventuais convenções e tratados internacionais.

Lembrando-se que em direito internacional vigora o princípio da reciprocidade, o que faz com que a mesma regra se aplique a embarcações ou aeronaves estrangeiras, de natureza pública, que estejam em território nacional.

3.1 Extraterritorialidade e seus princípios informadores

Falar em extraterritorialidade é falar de hipóteses nas quais o crime é praticado *fora do território nacional;* portanto, tanto a conduta quanto o resultado devem ter acontecido no estrangeiro, para que possamos aplicar as regras relativas a esta extraterritorialidade.

Três são as regras fundamentais relacionadas à extraterritorialidade previstas

no art. 7º do CP, além de algumas condições, também expressamente previstas neste dispositivo (art. 7º, §§ 1º, 2º e 3º), para possibilitar a aplicação da lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro:

> Art. 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei n. 7.209/84)
> I – os crimes: (Redação dada pela Lei n. 7.209/84)
> *a*) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *b*) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *c*) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *d*) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> II – os crimes; (Redação dada pela Lei n. 7.209/84)
> *a*) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *b*) praticados por brasileiro; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *c*) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> § 1º Nos casos do inc. I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> § 2º Nos casos do inc. II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições. (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *a*) entrar o agente no território nacional; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *b*) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *c*) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *d*) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)
> *e*) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável; (Incluído pela Lei

n. 7.209/84)

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)

a) não foi pedida ou foi negada a extradição; (Incluído pela Lei n. 7.209/84)

b) houve requisição do Ministro da Justiça. (Incluído pela Lei n. 7.209/84)

3.1.1 Princípio da nacionalidade (inc. II, b)

Aplica-se a lei penal brasileira ao cidadão nacional que cometa um crime no exterior, desde que preencha os requisitos do art. 7º do Código Penal, dentre eles, principalmente, desde que retorne e se encontre em território brasileiro.

A Constituição Federal proíbe a extradição de brasileiros natos, contudo não é possível imaginar que um cidadão nosso cometa um crime no estrangeiro e não seja julgado. Assim, ao crime cometido no estrangeiro por esse cidadão será aplicada a lei brasileira, retornando este indivíduo para o Brasil, seja em face de uma extradição, ou mesmo retornando por sua própria escolha; entretanto, frise-se que, além de estar em território nacional, o fato deve ser considerado típico também pelo ordenamento pátrio.

3.1.2 Princípio da universalidade (inc. II, a)

Aplica-se a lei nacional de acordo com o critério da prevenção para certos crimes que o Brasil tenha se obrigado a combater, independentemente do local em que tenham sido praticados e da nacionalidade do autor.

São exemplos: terrorismo, tortura, genocídio, tráfico de drogas.

Fala-se num critério de prevenção, pois se no caso concreto a autoridade brasileira for a primeira a capturar o criminoso, poderá julgá-lo, ainda que ele não tenha cometido crime no Brasil, ressalvados convenções ou tratados internacionais.

3.1.3 Princípio da representação da bandeira (inc. II, c; art. 5º, § 1º, 2ª parte)

Aplica-se a lei brasileira para crimes cometidos em aeronaves ou embarcações nacionais de natureza privada, que estejam em espaço aéreo ou águas internacionais, ou na hipótese de estarem em território estrangeiro, se lá não forem julgados.

Quando não for possível a aplicação da territorialidade do país em que a

embarcação ou aeronave se encontra, a bandeira da aeronave ou embarcação será o primeiro critério a ser aplicado.

Cumpre salientar que este princípio só se aplica à embarcação ou aeronave privada que não é considerada extensão do território brasileiro. Para aplicação da representação da bandeira, também não interessa a nacionalidade de eventual autor, ou da vítima do fato.

Observações:

- Uma pena já cumprida no estrangeiro poderá ser computada e abatida de eventual condenação sofrida pelo agente em território nacional, em face do mesmo fato; porém, se as penas forem de modalidades diversas (p. ex.: prestação de serviços e uma privação de liberdade), poderão atenuar a sanção diversa a ser imposta ao agente no Brasil (art. 8º, CP).
- A sentença proferida no estrangeiro poderá ser homologada pelo STF, quando a aplicação da lei brasileira produzir as mesmas consequências, com o fim de obrigar o condenado a reparar o dano produzido, restituir o bem, além dos demais efeitos cíveis ligados à prática do crime, de acordo com pedido da parte interessada, ou ainda para sujeitar o agente (inimputável) a uma medida de segurança e, neste caso, desde que haja tratado de extradição com o país da sentença, ou via requisição do Ministro da Justiça (art. 9º, CP).

Capítulo 3

Conflito Aparente de Normas

O conflito aparente de normas ocorre quando várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas na verdade apenas uma tem incidência, ou seja, há um único fato e uma pluralidade de leis que aparentemente se encaixam na situação.

Como não é possível se aplicarem duas normas a um mesmo fato, surgiram algumas regras para se determinar qual lei deverá prevalecer diante da situação concreta e por isso se diz que o conflito é aparente, já que na verdade não há conflito, pois de acordo com estas regras apenas uma é a que deve ser aplicada.

1. Regras para solução do conflito aparente

1.1 Especialidade

De acordo com a análise do caso concreto, a *lei especial*, ou norma específica, sempre "derroga" lei *geral*, mais genérica, ou seja, a norma que tratar de forma mais específica o fato ocorrido prevalece e será aplicada.

São exemplos de aplicação da especialidade em nosso ordenamento: as formas qualificadoras e privilegiadas que são mais específicas em relação ao tipo básico, ou, ainda, situações previstas em leis penais extravagantes como o *homicídio culposo no trânsito* (art. 302, CBT) em face do *homicídio culposo comum*, previsto no CP.

1.2 Subsidiariedade

Trata-se de regra complementar à *especialidade*, operando de forma auxiliar, e de acordo com ela se aplica uma lei quando outra não puder ser aplicada por disposição explícita, ou mesmo por força de interpretação lógica dos fatos.

Há duas espécies de subsidiariedade admitidas em nosso ordenamento:

1) Subsidiariedade formal: vem expressa no texto por meio de expressões como: "se o fato não constitui crime mais grave" (arts. 132, 238 e 249). Sendo assim, por exemplo, o crime de Subtração de Incapazes (art. 249, CP) é subsidiário em relação ao sequestro (art. 148, CP).

2) Subsidiariedade material: tipos de passagens necessárias, obrigatórias para a prática de outros, serão absorvidos, sendo que esta regra muitas vezes se confunde com a própria regra da consunção; porém, na subsidiariedade material determinado tipo é de passagem obrigatória para se chegar ao outro, e na consunção esta passagem ocorre eventualmente devido a situação fática específica.

Podemos citar como exemplos de *subsidiariedade material* o crime consumado em relação ao tentado e a lesão corporal em relação ao homicídio.

1.3 Consunção

Também é regra complementar a *especialidade,* e ocorre quando determinado crime é *fase de realização* de outro, porém não necessária, e nestes casos o *tipo objetivado pelo agente (crime fim) absorve o crime usado como passagem (crime meio) para isso.*

Podemos usar como exemplo da regra da consunção a hipótese em que a violação de domicílio (art. 150, CP) fica absorvida pelo crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, I), ou mesmo a hipótese em que o crime de falso (p. ex.: art. 297, CP) fica absorvido pelo crime de estelionato (art. 171, CP) (Súmula 17, STJ).

1.4 Alternatividade

De acordo com esta regra pune-se o autor por um único fato quando *várias condutas previstas* em um mesmo "tipo" forem *realizadas sucessivamente,* não havendo, assim, *concurso de crimes.*

A alternatividade é regra geral para todos os tipos penais, dando origem à classificação "tipos mistos alternativos", por exemplo, o crime de *induzimento, instigação* e *auxílio ao suicídio* (art. 122, CP), em que a prática dessas três condutas sucessivamente em relação à mesma vítima configura um crime único.

Porém, há exceções a esta regra, o que dá origem aos chamados *tipos mistos cumulativos,* em que a prática sucessiva de atos em relação à mesma vítima pode gerar vários crimes que serão punidos em concurso (p. ex.: *abandono material* – art. 244, CP).

2. Contagem de prazo em direito penal

Os prazos em Direito Penal são contados de acordo com a regra definida no *art. 10 do CP*; desta forma deve-se computar o dia de início na contagem, e esta

levará em conta os dias, meses e os anos de acordo com o calendário convencional. “O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo. Contam-se os dias, meses e anos pelo calendário comum (art. 10, CP).”

A contagem do *prazo penal* difere da contagem do *prazo processual*, pois neste se inicia o decurso do prazo a partir do primeiro dia útil, não se computando o dia de início; além disso, no prazo processual, caso a contagem termine em um domingo ou feriado, seu termo final será no primeiro dia útil subsequente, enquanto o prazo penal pode terminar em um domingo ou mesmo em um feriado, não havendo a necessidade de se concluir em um dia útil.

Capítulo 4

Classificação das Infrações Penais

Agora vamos trabalhar com a classificação dos crimes, tema que infelizmente vem sendo tratado pela maioria da nossa doutrina de forma absolutamente insatisfatória, já que muitos autores simplesmente vêm repetindo as antigas fórmulas e definições relativas às inúmeras espécies de crime, como se o Direito Penal de hoje fosse o mesmo de 40 anos atrás, sem atentar que algumas classificações precisam ser revistas para que possam se adaptar aos avanços da dogmática moderna.

Um dos maiores equívocos da dogmática penal pátria a respeito deste tema é pretender instituir regras intangíveis e estabelecer definições como verdadeiros paradigmas para que funcionem quase como verdades absolutas e que por isso acabam sendo assimiladas por estudantes e juristas de forma mecânica, sem que haja reflexão ou questionamento a seu respeito, dificultando o raciocínio jurídico penal.

Classificar os crimes tem sido uma forma de ditar, quase que arbitrariamente, certas características inabaláveis para cada modalidade de delito, aprisionando os tipos penais de acordo com o gênero que lhes seja atribuído; além disso, tem-se esquecido que para que uma classificação seja relevante é preciso demonstrar sua utilidade e as consequências de sua aplicação prática, relacionando-a com os demais temas da teoria do crime e teoria da pena.

Obviamente há certas classificações de crimes que possuem maior utilidade e aplicação prática, bem como há outras que não acrescentam nada à dogmática penal, assim como há classificações que não geram maiores problemas e outras que são grandes fontes de discussões e divergências.

Visando a desenvolver uma análise racional das diversas espécies de classificações de crimes, vamos separá-las em grupos, de acordo com o enfoque e a característica que se pretenda trabalhar; desta forma, cada grupo trará em sua denominação o aspecto principal a ser abordado nas classificações que dele fizerem parte, facilitando assim o estudo do tema.

É importante lembrar que as classificações de crime não se excluem mutuamente, ou seja, um mesmo crime pode receber inúmeras classificações de

acordo com o enfoque que se pretenda e da característica abordada, entretanto não se deve tentar decorar todas as classificações que cada tipo penal possui ou tentar listar todos os crimes que fazem parte de uma mesma classificação, pois isso seria impossível.

A melhor forma de estudar este tema é olhar para cada tipo penal e determinar quanto e em que aspecto se pretenda abordá-lo, para em face do grupo em que ele se encontre definir sua classificação.

1. Quanto ao sujeito ativo: crimes comuns – próprios – de mão própria

Este primeiro grupo se caracteriza pela análise dos sujeitos ativos de cada crime, ou seja, visa a determinar quem são as pessoas que podem praticar a conduta prevista no tipo penal; desta forma, trata-se da classificação mais simples e direta que se pode dar a um crime.

Como esta classificação se destina a delimitar quem são as pessoas que podem ou não praticar certo fato típico, obviamente podemos deduzir que grande parte dos problemas inerentes a ela estarão relacionados com a análise das diversas formas de autoria, coautoria e participação, bem como vinculadas ao estudo das suas teorias dominantes.

Portanto, quanto ao sujeito ativo um crime pode ser:

1.1 Crime comum

Aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa; não há limitação quanto a quem pode realizar a conduta descrita no tipo penal, logo não se exige qualquer característica específica para ser o sujeito ativo destes crimes.

Trata-se da regra geral; logo, a maioria das infrações penais previstas no Código Penal e nas leis extravagantes são consideradas crimes comuns. Exs.: homicídio – art. 121, CP; furto – art. 155, CP; roubo – art. 157, CP; lesão corporal – art. 129, CP.

1.2 Crime próprio

*S*ão aqueles que só podem ser cometidos por determinadas categorias de pessoas, ou seja, o próprio tipo penal prevê certas características necessárias inerentes a quem venha a praticá-lo. Podemos entender estes crimes utilizando o seguinte raciocínio: “tal crime é próprio (característico) de quem é...”, e completar a frase com a característica pessoal, profissão, circunstância

permanente ou transitória, exigida pelo tipo penal a seus sujeitos ativos.

Exemplos: peculato – art. 312, CP (só pode ser cometido por funcionários públicos); estupro – art. 213, CP (só pode ser praticado por homem); infanticídio – art. 123, CP (só pode ser praticado pela própria mãe).

Entretanto, isso não significa que crimes próprios não possam jamais ser imputados a quem não possua a característica exigida pelo tipo, pois em concurso de pessoas isso será plenamente possível de acordo com algumas hipóteses que analisaremos detalhadamente dentro de instantes.

Quanto aos crimes próprios, existe ainda na doutrina esta mesma classificação só que em face do sujeito passivo, ou seja, certos crimes que só podem ser praticados contra determinadas pessoas, em que o próprio tipo penal delimita as características necessárias para que alguém possa ser vítima do crime (p. ex.: estupro – art. 213, CP; somente a mulher pode ser vítima).

Porém esta classificação, que para alguns autores se agregada à primeira gera os chamados crimes "bi-próprios" (cf. Luiz Flávio Gomes), não possui maiores consequências ou qualquer relevância prática que mereça ser ressaltada.

Há ainda uma subclassificação que separa os crimes próprios em puros, aqueles em que faltando a característica exigida pelo tipo não haverá outra infração comum correlata, sendo o fato um indiferente penal (p. ex.: prevaricação), e em próprios impuros, ou seja, aqueles em que na ausência da característica exigida pelo tipo para o sujeito ativo haverá um outro crime (comum) previsto (p. ex.: peculato – art. 312 – que pode ser furto ou mesmo apropriação indébita).

1.3 Crime de mão própria

São aqueles que só podem ser praticados individual e pessoalmente pelo próprio agente, ou seja, são crimes em que a estrutura típica exige que o indivíduo realize o fato "com as próprias mãos". Desta forma, nesses crimes considera-se que ninguém pode atuar *com* o autor nem agir *pelo* autor, já que a conduta deve ser praticada exclusivamente por ele.

Exemplos: falso testemunho ou falsa perícia – art. 342, CP; desobediência – art. 330, CP; prevaricação – art. 319, CP.

Como já dissemos, os chamados crimes de mão própria são aqueles que, conforme a doutrina clássica, só podem ser praticados individualmente por uma única pessoa de cada vez, ou seja, o próprio agente deverá realizá-los pessoalmente com as próprias "mãos" (p. ex.: arts. 342, 330 e 319).

Consequentemente, de acordo com boa parte da doutrina nacional estes crimes não admitem autoria mediata nem mesmo coautoria, algo que hoje não é unânime (*vide* nosso posicionamento em contrário – *Temas controvertidos de direito penal*, São Paulo: Método).

Esta precipitada conclusão, majoritária na doutrina nacional, em relação aos crimes de mão própria, confronta com os modernos critérios utilizados para se determinar a autoria, dentre eles o difundido critério do *domínio final do fato* e suas consequências, principalmente no que tange às hipóteses de autoria mediata.

2. Os crimes próprios e a regra da incomunicabilidade das circunstâncias (art. 30, CP)

Para trabalhar com os crimes próprios, ou seja, aqueles que só podem ser praticados por determinada categoria de pessoas e no qual o próprio tipo penal delimita uma qualidade ou característica específica inerente ao seu sujeito ativo, será preciso analisar as limitações e consequências desta classificação para compatibilizá-la com os avanços da dogmática penal.

O principal problema a respeito deste tema encontra-se vinculado ao art. 30 do Código Penal, que trabalha com a chamada regra da comunicabilidade das circunstâncias, por meio da qual se determina quando uma circunstância relacionada com a prática do crime pode ou não se comunicar, ou seja, interferir na pena dos participantes (coautores e partícipes) de um fato.

O art. 30 do Código Penal, de forma bastante confusa, delimita a regra para a aplicação das circunstâncias que aumentam ou diminuem uma pena aos participantes de um crime, dizendo: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”.

Para compreender a regra acima descrita e posteriormente delimitar suas consequências em face dos crimes classificados como próprios, vamos separar as chamadas circunstâncias que aumentam ou diminuem uma pena em três grandes grupos:

1) *Circunstâncias objetivas:* são aquelas vinculadas ao fato em si, ou seja, que se relacionam com a prática concreta, objetiva do crime. Por serem objetivas, não têm qualquer relação com os autores ou partícipes do crime, sendo inerentes apenas à situação fática e concreta em questão (p. ex.: meios e modos de execução, como fogo, veneno, asfixia, tempo e lugar do crime etc.).

2) *Circunstâncias subjetivas:* são aquelas inerentes ao sujeito, ou seja, ao autor do fato, sendo portanto condições de caráter pessoal do agente. Por estarem ligadas ao sujeito ativo do crime não se relacionam com as condições fáticas da conduta, mas, sim, com o próprio agente em si (p. ex.: características pessoais como: a idade, a reincidência, a profissão do agente, a relação com a vítima, bem como os motivos determinantes do autor).

3) *Circunstâncias elementares:* podem ter caráter objetivo (fato) ou subjetivo (sujeito), mas são elementos integrantes do próprio crime, fazendo parte do corpo do tipo penal incriminador. Têm por característica o fato de serem essenciais para a própria existência do crime, logo são elementos que compõem a própria definição do crime e encontram-se no *caput* do seu artigo (p. ex.: ser funcionário público para o crime de peculato – art. 312, ou a condição de ser mulher grávida no crime de infanticídio – art. 123).

Assim, a partir destas três espécies de circunstâncias, que podem em certos casos tornar uma conduta criminosa mais ou menos grave, vamos delimitar três regras de aplicação, oriundas do texto do art. 30 do Código Penal, para se trabalhar este tema em face do concurso de agentes:

a) As *circunstâncias objetivas* comunicam-se sempre a todos os participantes do crime, aumentando ou diminuindo a pena dos coautores e partícipes.

b) As *circunstâncias subjetivas*, de caráter pessoal, em regra, não se comunicam aos participantes do crime, ou seja, não interferem nas penas dos coautores e partícipes, pois só dizem respeito ao próprio autor.

c) As *circunstâncias elementares* comunicam-se a todos os participantes do fato, mesmo aquelas que sejam de caráter subjetivo, pois fazem parte do próprio conceito do crime praticado.

A respeito destas regras é primordial ressaltar que, independentemente da natureza objetiva ou subjetiva das circunstâncias de um fato, elas só podem se comunicar, ou seja, interferir na pena de um participante que saiba da sua existência, portanto que conheça esta circunstância no momento que integrar realização do crime.

Desta forma, após este breve resumo sobre a teoria das circunstâncias, podemos avaliar os chamados crimes próprios em função das regras supramencionadas a partir do seguinte exemplo:

- Um indivíduo que não seja funcionário público e integre a realização de um crime próprio, por exemplo, um peculato (art. 312, CP), auxiliando um funcionário público a praticar este crime, deverá responder por que crime?

Poderá responder como coautor ou partícipe do crime próprio de peculato mesmo sem possuir a característica específica (funcionário público) exigida pelo tipo?

É exatamente neste ponto que devemos analisar a definição clássica de crimes próprios para perceber que, em face da regra da comunicabilidade das circunstâncias (art. 30, CP), ela precisa ser flexibilizada e entendida sob uma ótica moderna.

Ora, se fôssemos seguir à risca o conceito de crime próprio, somente quem possuir a característica exigida pelo tipo poderá responder pelo fato; logo, de acordo com o exemplo anterior, somente o funcionário público poderia responder pelo crime de peculato, enquanto seu colaborador, por não possuir a referida característica exigida pelo tipo, teria que responder por outro crime (possivelmente apropriação indébita – art. 168, CP).

Esta conclusão, além de ultrapassada, contraria a própria Teoria Monista adotada pelo Código Penal para concurso de pessoas, por meio da qual todos os participantes de determinada infração penal devem responder pelo mesmo crime. Esta regra só será excepcionada na específica hipótese de um dos participantes desconhecer a circunstância elementar subjetiva caracterizadora do crime para o qual colaborou (p. ex.: desconhecer que o autor é funcionário público).

Entretanto, a situação deve ser analisada também em face da regra do art. 30 do Código Penal, que nos obriga a tirar as seguintes conclusões neste caso concreto:

1) A característica “funcionário público”, exigida pelo tipo, é uma circunstância subjetiva (inerente ao sujeito), no entanto por se tratar de um elemento essencial para o conceito do que é um peculato, deve ser considerada “elementar” deste crime.
2) Sendo uma circunstância elementar, mesmo que de cunho subjetivo, deverá se comunicar a todos os participantes do fato, fazendo com que o indivíduo que colaborou com o funcionário público, apesar de não possuir esta característica, possa responder também pelo crime de peculato.

Na verdade, diante da regra da comunicabilidade das circunstâncias (art. 30, CP), não se podem mais conceituar os crimes próprios de forma absoluta – “aqueles que só podem ser praticados por certas pessoas que possuam uma característica específica” –, devendo-se aceitar que esta classificação foi flexibilizada para admitir que em certas hipóteses de coautoria e participação mesmo quem não possua a específica qualidade exigida por um crime próprio

possa responder por ele.

Sendo assim, sob uma ótica sistemática moderna, a classificação “crime próprio” deve ser vista através do seguinte conceito:

- *Crimes próprios:* são aqueles em que o tipo penal exige uma característica específica do seu autor, embora em certos casos possam ser imputados a coautores ou partícipes que não possuam estas características.

3. Quanto ao número de crimes que formam o tipo: crimes simples – complexos

Os tipos penais são formados por elementos objetivos, ou seja, concretos e que se relacionam com a conduta a ser praticada e às circunstâncias em que ela ocorre, bem como por elementos subjetivos que são vinculados à finalidade, ao intuito e aos objetivos pretendidos pelo autor.

A partir do finalismo, o dolo (intenção) passou a fazer parte dos tipos penais como o elemento subjetivo geral, interligado sempre a um ou mais verbos que delimitam e caracterizam toda conduta típica.

Porém, nem todos os tipos penais são formados da mesma maneira e de acordo com a sua composição, ou seja, com os elementos escolhidos pelo legislador para estruturar um fato típico, poderemos estabelecer a seguinte classificação:

1) *Crimes simples*: são aqueles compostos por meio de um único fato considerado proibido, ou seja, o legislador cria o tipo fundado em uma única infração que passa a ser tratada como crime (p. ex.: homicídio – art. 121, CP; furto – art. 155, CP).
2) *Crimes complexos:* são aqueles em que o tipo penal é formado pela reunião de outros tipos autônomos, ou seja, o tipo penal prevê como um único crime duas ou mais condutas criminosas que separadamente são previstas e consideradas crime.

   Porém, a classificação de um crime como complexo possui dois aspectos:

a) Quando o tipo for formado simplesmente pela reunião de dois outros tipos penais autônomos. Por exemplo: roubo (art. 157, CP) é formado a partir da reunião do crime de furto (art. 155, CP) com o crime de constrangimento ilegal (art. 146, CP); também a extorsão mediante sequestro (art. 159, CP), que é a soma entre o tipo de extorsão (art. 158, CP) e o de sequestro (art. 148, CP).
b) Quando um crime autônomo deixa de ser assim considerado para fazer parte

de outro crime como circunstância qualificadora, tornando mais grave a pena deste novo crime. Isso ocorre em muitas hipóteses de crimes chamados de qualificados pelo resultado. Por exemplo, a lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP), em que o crime de homicídio culposo deixa de ser tratado autonomamente para ser considerado uma circunstância que qualifica a lesão corporal, tornando sua pena muito maior.

É de suma importância ressaltar que esta classificação (simples ou complexo) não tem qualquer relação com o número de verbos, ou seja, de condutas descritas nos tipos penais. Um crime pode ser simples e conter vários verbos em sua descrição. Por exemplo: induzimento ou auxílio ao suicídio (art. 122, CP); violação de domicílio (art. 150, CP); ou ser considerado complexo e possuir apenas um verbo na sua descrição típica (p. ex.: roubo – art. 157, CP).

O que importa é saber se a conduta típica foi formada de forma simples por um único fato considerado crime, ou se foi constituída de forma complexa, pela aglutinação de dois ou mais crimes, originando um único tipo penal.

É também de se notar que, pela regra da proporcionalidade, o tipo complexo sempre deverá ter uma pena abstrata maior que as penas previstas autonomamente para seus tipos originários, porém não há qualquer necessidade de que a pena resultante da formação do tipo complexo seja equivalente à soma das penas abstratas previstas nos tipos que lhe deram origem.

Quando se pensa em crime complexo, inevitavelmente nos vem à cabeça o famoso crime de latrocínio (art. 157, § 3º, CP), que pode ser visto como exemplo de um crime complexo em ambos os aspectos supracitados desta classificação. O latrocínio é crime complexo por ser uma modalidade específica de roubo, que como dissemos é a soma dos tipos de furto e constrangimento ilegal, mas também é complexo por ser um crime qualificado pelo resultado, em que o homicídio não é tratado autonomamente, dando origem a uma forma mais grave e qualificada de roubo.

4. Quanto ao período de consumação: crimes instantâneos – crimes permanentes

No que tange à ideia de consumação, devemos recordar que ela significa que o crime está completo, havendo lesão ao bem jurídico tutelado, entretanto a duração deste momento de consumação pode variar, dando origem a três espécies de crimes, de acordo com a classificação a seguir:

4.1 Crimes instantâneos

Crimes instantâneos são a regra geral, portanto a maioria dos tipos penais se vincula a esta classificação. Consideram-se instantâneos os crimes cuja consumação ocorre em um único instante, em um único momento, ou seja, de uma só vez, com a lesão do bem jurídico tutelado. Por exemplo: homicídio – art. 121, CP (que se consuma no exato instante da morte), ou a lesão corporal – art. 129, CP (que se consuma no momento em que ocorre a lesão).

4.2 Crimes permanentes

São aqueles em que o momento de consumação se prolonga no tempo, logo esses crimes se consumam em determinado momento, mas permanecem em consumação durante certo período de tempo. A etapa da consumação não se esgota com a sua ocorrência; ela perdura e se protrai por certo período de tempo.

Normalmente os chamados crimes permanentes caracterizam-se pela posse por parte do autor de determinado objeto, pessoa, ou mesmo pela manutenção de certa situação proibida e enquanto estas situações permanecerem o crime estará consumado e ainda se consumando, ou seja, o momento da consumação já vai ter ocorrido, mas ainda não terá terminado.

Desta forma, para ajudar a identificar um crime como permanente, via de regra, basta utilizar o tempo verbal no *gerúndio* para nos referirmos ao fato e à sua consumação, constatando assim a característica da permanência.

Exemplo: sequestro e cárcere privado – art. 148, CP (se consuma com a privação de liberdade, mas permanece em consumação enquanto a vítima estiver em poder do autor – desta forma o autor ainda estará *sequestrando* a vítima); porte ilegal de arma – art. 12 do Estatuto do Desarmamento – Lei n. 10.826/2005 (se consuma com o porte e permanece em consumação enquanto o agente estiver *portando* a arma).

4.3 Crimes instantâneos de efeitos permanentes

Na verdade esta classificação nada mais é do que um desdobramento da primeira, pois certos crimes, além de instantâneos, terão como característica o fato de seus efeitos, suas consequências, serem permanentes.

Sendo assim, estes crimes se consumam em determinado momento, de uma vez só, e a etapa de consumação se esgota neste exato momento, mas os efeitos desses crimes (lesão ao bem jurídico) vão perdurar por um período de tempo indeterminado.

Exemplo: homicídio – art. 121, CP (se consuma de forma instantânea, em um único momento, com a morte da vítima, porém seu efeito, ou seja, a lesão ao bem jurídico vida é permanente); lesão corporal gravíssima – art. 129, § 1º, III, CP (se consuma instantaneamente no momento da lesão, mas esta pode ter gerado efeitos, sequelas, permanentes para a vítima).

A partir destas classificações, o primeiro aspecto que precisamos abordar é o fato de que as particulares características dos crimes permanentes irão dar origem a três importantes consequências, com reflexos diretos nas teorias do Crime e da Pena, são elas:

1) Se determinado agente, menor de 18 anos, praticar um crime permanente, por exemplo um sequestro (art. 148, CP), e durante o período em que a vítima estiver em cativeiro o autor completar a maioridade, como este crime, embora já consumado, permanece em constante consumação até que cesse a privação de liberdade, o agente poderá responder pelo fato como maior de idade, pois na data de seu aniversário considera-se que o crime ainda estava se consumando.
2) Em relação ao prazo da prescrição da pretensão punitiva, ou seja, o período de tempo que o Estado tem, a partir da prática do fato, para processar e julgar os crimes, nos crimes permanentes ele só começa a correr depois de cessada a situação de permanência. Por exemplo, em um crime de sequestro, o prazo prescricional não começa a correr a partir da subtração da vítima e de sua privação de liberdade, mas, sim, a partir da data em que cessar esta privação; logo, o período em que a vítima estiver sequestrada não será computado para efeito de prescrição.
3) Se durante o período em que um crime permanente está em consumação surgir uma nova lei incriminadora prejudicial para o autor do crime, ela poderá ser aplicada a este fato, mesmo que a conduta tenha sido praticada anteriormente a esta lei. Por exemplo: no crime de sequestro, se após a prática da conduta, mas durante o período de privação de liberdade, entrar em vigor uma nova lei aumentando a pena destes crimes, esta lei, mesmo sendo prejudicial para o agente, deverá ser aplicada ao fato, já que nesta data o crime ainda se encontrava em consumação (cf. Súmula 711, STF).

No que tange aos crimes instantâneos de efeitos permanentes é indispensável fazer duas observações para evitar certas confusões bastante comuns na interpretação do conceito, são elas:

1) Quando nos referimos aos efeitos permanentes, que caracterizam estes crimes,

não significa necessariamente que esses efeitos devam ser eternos, pois o conceito de permanência vincula-se à ideia de um efeito que possua duração longa e indeterminada. Na verdade, os únicos crimes que possuem efeitos permanentes em sentido estrito, como sinônimo de eterno, são os crimes contra a vida, sendo que nos demais crimes os efeitos permanentes serão, via de regra, duradouros e indeterminados.

2) Não se deve confundir o conceito de efeito permanente com traumas ou efeitos psicológicos que um crime possa gerar na vítima. O efeito permanente para caracterizar um crime deve estar relacionado com o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em questão. Se assim não fosse, praticamente todos os crimes praticados com violência ou grave ameaça seriam classificados como de efeitos permanentes. Para ilustrar o problema vamos analisar a seguinte questão:

Por fim, devemos lembrar que os crimes permanentes e instantâneos de efeitos permanentes não devem jamais ser confundidos com a classificação "crimes habituais" e muito menos com a conhecida espécie de concurso de crimes chamada de "crime continuado".

Os crimes habituais exigem uma habitualidade em face da conduta prevista no tipo para que ocorra sua consumação (p. ex.: exercício ilegal da medicina, art. 282, CP), enquanto os chamados "crimes continuados" não são sequer uma espécie de classificação atribuída a determinado grupo de crimes, mas, sim, uma forma de se praticar, repetidamente e em continuidade, qualquer espécie de infração penal, desde que preenchidos certos requisitos legais do art. 71, CP (p. ex.: vários furtos, art. 155, CP; ou vários homicídios, art. 121, CP; ou vários sequestros, art. 148, CP etc.).

5. Quanto à forma de se praticar a conduta: crimes habituais

Seguindo a definição clássica da doutrina, os *crimes habituais* são aqueles em que o próprio tipo penal, por meio de seu verbo, exige uma habitualidade, ou seja, é preciso uma prática reiterada da conduta prevista na lei para que haja a consumação do crime (p. ex.: exercício ilegal da medicina, art. 282, CP; curandeirismo, art. 284, CP; casa de prostituição, art. 229, CP).

Um dos principais pontos de divergência a respeito dos chamados crimes habituais se refere à análise do momento de consumação, bem como da possibilidade ou não de se falar em tentativa para estes crimes, assunto que,

apesar de sua grande importância, não é abordado de forma aprofundada pela maioria da doutrina pátria, embora seja objeto de interessante debate na dogmática estrangeira.

A dogmática nacional, com base no conceito tradicionalmente atribuído a esta espécie de crimes, tem se contentado em aceitar de forma acrítica o paradigma estabelecido há muitos anos de que “crimes habituais não admitem tentativa”; isto porque, segundo consta, estes crimes para se configurarem exigem a prática reiterada da conduta prevista no tipo e, sendo assim, ou o agente atua habitualmente e o crime estará consumado, ou ao praticar a conduta uma única vez, ou apenas eventualmente, não irá se configurar a habitualidade e o fato será considerado atípico.

Fica claro que o problema vai muito além da simples análise concreta de quantas vezes o agente precisa praticar o fato para se configurar a habitualidade e consequentemente consumar o crime, única questão ainda a ser debatida em face do antigo posicionamento dominante no direito brasileiro.

Modernamente o problema reside em uma instigante discussão a respeito da natureza jurídica que se deve atribuir à habitualidade nestes crimes, dando origem a duas correntes doutrinárias:

1) A habitualidade é um *elemento objetivo do tipo penal* vinculado ao verbo núcleo do tipo; portanto, para que haja crime é preciso que concretamente o agente pratique reiteradas vezes a conduta proibida, pois somente assim o elemento objetivo “habitualidade” estará preenchido e o crime consumado.

Considerando a habitualidade sob o aspecto objetivo, a prática da conduta prevista no tipo de forma eventual jamais será suficiente para configurá-la, o que evidentemente impossibilita a existência de tentativa nestes crimes, já que ou se demonstra a habitualidade objetivamente por meio de várias condutas e o crime estará consumado, ou o fato será atípico, pois por meio de uma única conduta não há como se falar em habitualidade.

2) Deve-se considerar a habitualidade um *elemento subjetivo especial do tipo* nesta espécie de crime; desta forma, para se configurar o crime habitual não será preciso que o agente objetivamente demonstre a habitualidade pela prática reiterada da conduta, bastando que seja possível se aferir uma intenção, um intuito de atuar repetidamente e habitualmente, para que haja crime. Logo, o fato estará consumado mesmo que o agente tenha praticado uma única conduta, bastando para isso que fique demonstrado seu especial fim de agir habitualmente (ROXIN e ZAFFARONI, 2000).

A partir deste ponto de vista, em que a habitualidade é considerada um elemento de caráter subjetivo, torna-se possível trabalhar com a tentativa para esta espécie de crime, pois, se o indivíduo com o fim de praticar habitualmente um fato, ou seja, com o intuito de agir reiteradamente, mesmo que uma única vez, der início à prática da conduta descrita no tipo, mas for impedido de completá-la por motivos alheios à sua vontade, deverá responder pelo crime habitual em sua modalidade tentada e, portanto, terá sua pena diminuída de um terço a dois terços.

Para melhor entendermos o problema, vamos trabalhar com o seguinte exemplo concreto, em que uma situação de crime habitual será analisada sob a ótica dos dois posicionamentos doutrinários mencionados anteriormente:

- Determinada pessoa, mesmo sem ter feito qualquer faculdade, resolve que vai ganhar dinheiro como médico e para isso aluga uma sala em que coloca uma placa com seu nome seguido do título de cirurgião plástico e divulga o endereço na internet. No dia seguinte se coloca vestido de branco dentro da sala aguardando que algum cliente venha ao "consultório". A polícia é avisada por uma denúncia anônima, resolve ir ao local investigar e, ao chegar, detém o agente durante o atendimento do primeiro cliente que foi ao consultório.

Pergunta-se: A conduta do agente pode ser considerada crime? Qual?

R. A solução deste caso concreto requer a análise do crime de exercício ilegal da medicina, considerado exemplo clássico de crime habitual, em face das duas teorias supracitadas (art. 282, CP: "exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites").

Sob a ótica tradicional que ainda é dominante na doutrina nacional, os crimes habituais não admitem tentativa, pois a habitualidade deve ser vista como um elemento objetivo do tipo penal, o que resulta na conclusão absurda de que neste caso não houve o crime de exercício ilegal da medicina, pois para que se configure a habitualidade seria preciso a prática concreta de várias condutas. Sendo assim, o fato de o agente ter começado a atender o primeiro paciente, ou mesmo que já tivesse terminado este primeiro atendimento, não seria suficiente para configurar o crime do art. 282 devido à sua natureza habitual.

Porém, com base na concepção moderna desta espécie de crimes, a habitualidade deve ser vista como um elemento de cunho subjetivo e, como neste caso ficou claramente demonstrado o intuito, a finalidade de agir

reiteradamente, habitualmente, por parte do autor, ele deverá responder pelo crime de exercício ilegal da medicina ao menos na forma tentada (art. 282, CP).

De acordo com a corrente que encara a habitualidade sob o aspecto subjetivo será possível se trabalhar com a tentativa em crimes habituais, exigindo assim que se faça uma segunda análise em cada caso concreto para averiguar se houve consumação ou se a execução do crime ficou incompleta, dando origem à modalidade tentada da infração.

Desta forma, entendemos que atualmente a melhor maneira de tratar os crimes habituais é considerar que o requisito da habitualidade como elemento de cunho subjetivo poderá, em certos casos, estar preenchido até mesmo quando o agente apenas iniciar a realização da conduta descrita no tipo. Com isso, rompe-se com a ideia tradicional de que os crimes habituais não admitiriam tentativa, tornando plenamente possível sua aplicação para esta espécie de crime.

6. Quanto à forma de consumação: crimes materiais – formais – de mera conduta

No que tange à sua forma de consumação, ou seja, o que será preciso para que o crime esteja consumado (completo), há três espécies de crime: os materiais, os formais e os chamados crimes de mera conduta ou de mera atividade.

Contudo, esta classificação está diretamente ligada à ideia de resultado proveniente de um crime, principalmente à concepção que se atribui a estes resultados como forma de determinar, de acordo com a espécie de crime em questão, quais os requisitos necessários para que ocorra sua consumação e consequentemente para definir quando e como poderá ocorrer sua forma tentada.

Sendo assim, antes de separarmos as referidas espécies e definirmos suas características será preciso delimitar o parâmetro a ser seguido nesta classificação, e isso só será possível analisando as duas concepções atribuídas ao conceito de resultado em Direito Penal.

A primeira e mais comum ideia que se tem de resultado é a de resultado material, ou naturalístico, que nada mais é do que uma modificação concreta no mundo dos fatos produto de uma conduta humana típica, ou seja, *resultado naturalístico é a produção de determinado efeito concreto materializado no mundo exterior como consequência direta da prática de um crime*.

A segunda concepção de resultado, mais ampla e abrangente, vincula-se ao princípio da lesividade e à própria estrutura dos crimes, sendo por isso chamada

de concepção jurídica de resultado, que se caracteriza pela lesão ao bem jurídico tutelado; portanto, *resultado jurídico é a consequência de toda conduta típica, ou seja, a violação, lesão ou mesmo exposição a perigo do bem jurídico protegido pela norma*.

Com base nas duas concepções existentes de resultado, vamos classificar os crimes em três espécies, de acordo com sua forma de consumação; portanto os crimes podem ser:

6.1 Crimes materiais (de resultado naturalístico necessário)

São aqueles em que o próprio tipo penal exige a produção de um resultado concreto, naturalístico, para que estejam completos e, portanto, consumados. Nesta espécie de crime o tipo penal vai descrever a conduta e um resultado que deve ser materializado no mundo exterior para que haja a consumação (daí a denominação "crime material").

Estes crimes, que são maioria no Código Penal, também chamados de crimes de resultado, exigem a produção de um resultado material que está previsto expressamente no tipo para que ocorra a consumação e por isso são aqueles em que as hipóteses de tentativa são mais facilmente identificadas, pois a modalidade tentada ocorrerá sempre que após a prática da conduta pelo agente o resultado material previsto no tipo não se produzir, por motivos alheios à sua vontade (p. ex.: homicídio – art. 121, CP; lesão corporal – art. 129, CP; furto – art. 155, CP etc.).

6.2 Crimes formais (de resultado naturalístico previsto)

São aqueles em que o tipo penal prevê uma conduta e também um resultado naturalístico; porém, a produção deste resultado material não é requisito necessário para que haja a consumação, ou seja, para o crime estar completo basta a realização da conduta por parte do autor (p. ex.: extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) – a consumação se dá com a conduta de sequestrar, não havendo necessidade de efetivo recebimento de vantagem patrimonial – resultado material).

Nos crimes formais a consumação ocorre por meio apenas da prática completa da conduta formalmente descrita no tipo, ou seja, com a simples formalização daquilo que está descrito na lei, não sendo necessário que haja materialização, produção do resultado previsto no tipo (daí a denominação "crime formal").

Nestes crimes a análise das hipóteses de tentativa, embora seja plenamente possível, é um pouco mais delicada, pois não se exige a produção do resultado material, naturalístico, previsto expressamente no tipo para que haja a consumação. Portanto, a tentativa nos crimes formais vincula-se exclusivamente à análise da conduta praticada, sendo que, se o agente iniciar a execução da conduta típica, mas não conseguir completá-la, por motivos alheios à sua vontade, responderá pelo crime formal em sua modalidade tentada (art. 14, II, CP).

Desta forma, diferentemente dos crimes materiais que sempre vão admitir a possibilidade de tentativa, já que para eles basta a não produção do resultado naturalístico previsto no tipo para que isso ocorra, nem todas as hipóteses de crime formal irão admitir tentativa.

Nos crimes formais a possibilidade de uma modalidade tentada vai depender essencialmente da espécie de conduta prevista no tipo, pois se esta for de tal natureza que não seja possível fracioná-la e interromper sua execução (conduta unissubsistente) não haverá como se falar em tentativa, mas se a conduta admitir a possibilidade de ser fracionada (conduta plurissubsistente), podendo por um motivo alheio à vontade do autor ser interrompida durante sua execução, ficando incompleta, nada impedirá a admissibilidade da tentativa para o crime formal em questão.

6.3 Crimes de mera conduta (sem resultado naturalístico)

São aqueles em que o tipo penal prevê apenas uma conduta considerada proibida, não havendo previsão expressa de qualquer resultado material, naturalístico, logo estes crimes se consumam com a pura e simples prática da conduta típica (p. ex.: violação de domicílio – art. 150, CP; desobediência – art. 330, CP).

Os crimes de mera conduta, ou de mera atividade, têm em comum com os crimes formais o fato de que em ambas as espécies a consumação ocorre por meio da simples realização da conduta típica, não havendo vinculação à produção de resultados concretos, ou seja, para que o crime esteja completo não há necessidade de ocorrer qualquer modificação no mundo exterior.

Entretanto, existe uma diferença fundamental entre estas espécies de crime, já que nos crimes de mera conduta não há sequer a previsão de resultados naturalísticos, concretos, materiais, ficando a norma restrita a descrever uma conduta considerada proibida, logo o tipo penal prevê apenas uma mera conduta proibida (daí a denominação “crime de mera conduta”); enquanto nos crimes

formais, além da conduta típica, existe a previsão expressa de resultados naturalísticos que, embora não sejam essenciais para a consumação do delito, podem ou não se produzir como consequência da prática do fato.

Embora haja divergência doutrinária a respeito da possibilidade de tentativa nos crimes de mera conduta, não há por que negar a sua possibilidade de ocorrência, e devemos seguir a mesma orientação dada para os crimes formais, pois em ambas as espécies de crime a consumação e consequentemente a possibilidade de tentativa dependerá exclusivamente da análise da conduta prevista no tipo penal. Ao contrário do que afirma parte da doutrina nacional, a classificação de um crime como formal, ou de mera conduta, não interfere em nada na admissibilidade ou não da modalidade tentada da infração, na verdade ambas as espécies de crime têm em comum o fato de, via de regra, admitirem a tentativa, da mesma forma que podem também, em função da natureza da conduta prevista no tipo (unissubsistente), não admiti-la.

Entretanto, na prática e por opção do legislador muitos crimes de mera conduta acabam por não admitir a possibilidade de tentativa devido ao fato de possuírem condutas que ocorrem de uma única vez, ou seja, que não podem ser fracionadas ou interrompidas – condutas unissubsistentes (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP; desobediência – art. 330, CP), dando a falsa impressão de que esta não admissibilidade vincula-se à classificação “de mera conduta”, o que não é verdade.

Como os crimes de mera conduta, assim como os crimes formais, dependem apenas da realização completa da conduta para que estejam consumados, será possível falar em forma tentada nestes crimes sempre que a conduta prevista no tipo penal puder ser fracionada (conduta plurissubsistente), interrompida, portanto quando o autor iniciar sua realização e for impedido de completá-la por motivos alheios à sua vontade.

Resumindo, podemos afirmar então que para nós os crimes de mera conduta, assim como os formais, não vão admitir a modalidade tentada apenas quando a conduta prevista no tipo não puder ser fracionada e interrompida (conduta unissubsistente).

Com base nas três classificações supramencionadas e de acordo com as duas concepções de resultado abordadas, surge ainda uma interessante questão: em nosso ordenamento jurídico existe crime sem resultado?

Esta pergunta possui duas respostas possíveis segundo a concepção de resultado que se pretenda adotar:

1) Se considerarmos a concepção naturalística de resultado, ou seja, que resultado é a materialização concreta de uma modificação no mundo exterior, podemos dizer que os crimes de mera conduta são crimes sem resultado, pois o tipo penal só prevê uma conduta considerada proibida. Já os crimes materiais e os crimes formais possuem resultado naturalístico previsto, sendo que nos primeiros a produção deste resultado é essencial para que ocorra a consumação e, nos formais, não importa a produção deste resultado, e apenas o resultado jurídico oriundo da prática da conduta será suficiente para consumar o crime.
2) Partindo-se da concepção jurídica de resultado, ou seja, que resultado é a violação de um bem jurídico tutelado, em face do princípio da lesividade não há crime sem resultado. Desta forma, como todo crime possui um bem jurídico tutelado sempre haverá um resultado jurídico previsto e vinculado aos tipos penais, sejam eles crimes considerados materiais, formais, ou de mera conduta.

De acordo com tudo que foi dito em relação às espécies de crimes e quanto às suas formas de consumação, acreditamos que para evitar as tradicionais confusões conceituais será mais adequado trabalhar apenas com a seguinte classificação:

1) *Crimes materiais*: são aqueles que exigem a produção de um resultado naturalístico, concreto, para que ocorra a consumação.
2) *Crimes não materiais*: são aqueles que se consumam por meio da simples realização completa da conduta prevista no tipo (resultado puramente jurídico), independentemente da ocorrência de qualquer resultado naturalístico concreto, englobando assim os crimes formais e os de mera conduta.

Por fim, em face deste grupo de classificação de crimes, surgirão algumas consequências inerentes a um conhecido instituto de Direito Penal chamado “exaurimento”, ou seja, o esgotamento do crime, que nos crimes materiais e de mera conduta se confunde e coincide com a própria consumação, sendo por isso irrelevante.

Porém, nos crimes formais poderá se diferenciar o exaurimento da consumação, pois esta se dará apenas com a prática da conduta típica, enquanto o referido exaurimento ocorrerá somente com a produção do resultado naturalístico previsto na norma.

7. Quanto à forma de lesão: crime de dano – crime de

perigo

Todos os tipos penais, de acordo com o princípio da lesividade, são criados com o fim de proteção de determinado bem jurídico, entretanto dependendo da forma com que esta proteção se apresenta podemos classificar os crimes em três espécies:

7.1 Crimes de dano

São aqueles em que o tipo penal se fundamenta em uma lesão concreta do bem jurídico por ele tutelado, ou seja, a previsão legal do crime vincula-se a um dano material do bem jurídico objeto de proteção da norma. A maioria dos crimes previstos no nosso Código Penal são crimes de dano, sendo que esta classificação não apresenta maiores dificuldades ou problemas (p. ex.: homicídio (art. 121, CP); lesão corporal (art. 129, CP); furto (art. 155, CP) etc.).

7.2 Crimes de perigo concreto

São aqueles em que a descrição típica prevê apenas um perigo real, concreto, de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, o tipo penal descreve uma conduta que oferece perigo para o bem jurídico protegido, não havendo previsão de danos ou efetivas lesões a esse bem (p. ex.: perigo de contágio de moléstia – arts. 130 e 131, CP; incêndio – art. 250, CP).

Nos crimes de perigo concreto, para que o fato esteja consumado, o autor deverá praticar a conduta descrita no tipo de forma a materializar o perigo concretamente previsto na norma, por isso considera-se que esta modalidade de crime é também uma espécie de crime material, pois se exige a produção do resultado naturalístico (exposição ao perigo) para que o crime esteja completo.

Esta classificação costuma gerar alguma confusão pelo fato de que algumas pessoas, quase instintivamente, associam os crimes de dano diretamente apenas com os crimes materiais, o que consequentemente faz com que não consigam enxergar os crimes de perigo concreto também como espécie destes crimes materiais.

Na verdade entendemos que os crimes de dano podem ser materiais, formais ou de mera conduta, de acordo com a necessidade de que a lesão ao bem jurídico tutelado materialize ou não um resultado naturalístico (modificação do mundo exterior) para que haja a consumação; porém, independentemente disso, esses crimes serão de dano sempre que o tipo penal se vincular a uma lesão (dano concreto) de um bem jurídico.

Por outro lado, os crimes de perigo concreto são por excelência crimes de natureza material, pois para que ocorra sua consumação é preciso que a conduta materialize, produza o resultado previsto no tipo, qual seja a produção de um perigo concreto para o bem jurídico tutelado, sendo que a não ocorrência de um resultado de dano será fruto do mero acaso, algo que pode ou não ocorrer, mas que caso se produza configurará mero exaurimento do fato. Para esclarecer a diferença entre os conceitos e separar as referidas espécies de crime, podemos afirmar que a classificação “dano e perigo” se refere às consequências previstas para o bem jurídico tutelado pelo tipo, enquanto a classificação “material, formal e de mera conduta” vincula-se à necessidade de produção do resultado naturalístico, ou seja, modificação no mundo exterior, para que haja consumação.

7.3 Crimes de perigo abstrato

Trata-se de uma segunda espécie de crime de perigo; nela, o tipo penal prevê uma, apenas uma conduta que oferece perigo potencial (abstrato) para o bem jurídico tutelado; desta forma, para que esta modalidade de crime se consume não é preciso haver materialização, produção, de qualquer perigo real ou concreto para o bem jurídico protegido pela norma, bastando a presunção de perigo inerente à conduta típica prevista para se punir o fato (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP; quadrilha ou bando – art. 288, CP; ocultação de material de salvamento – art. 257, CP).

Quanto aos crimes de perigo abstrato, que estruturalmente possuem natureza vinculada à classificação “crimes de mera conduta”, muito se tem discutido a respeito da sua (in)constitucionalidade em face da nítida incongruência com o princípio da lesividade e dos evidentes problemas existentes no conceito de presunção de perigo para os bens jurídicos tutelados.

Aceitar passivamente a proliferação desta modalidade de crime parece ser algo extremamente perigoso para a segurança jurídica e para um sistema jurídico democrático e garantista, pois, por meio desta modalidade de crime, o Direito Penal poderia vir a ser utilizado como instrumento odioso para satisfazer interesses particulares e escusos do Estado, já que este poderia deliberadamente incriminar qualquer espécie de conduta que considerasse potencialmente perigosa.

Todavia, podemos considerar certas hipóteses de crimes de perigo abstrato necessárias para a manutenção da ordem jurídica e da vida em sociedade (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP); e alguns crimes contra o meio ambiente –

Lei n. 9.605/98), e, nestas hipóteses, para que se possa admitir a manutenção destas infrações garantindo a segurança jurídica, propomos o seguinte:

- Para aceitar a previsão de condutas de perigo abstrato, preservando a estrutura dos princípios penais fundamentais, só se deve possibilitar a existência destes crimes se o perigo abstrato previsto no tipo vincular-se à violação de um dever jurídico de agir, ou a uma obrigação de não fazer, que estejam fundados nos deveres constitucionais e que sejam fomentados de forma genérica por questões de política criminal.

Sendo assim, via de regra, não seria possível se prever como crime condutas de perigo abstrato, salvo determinadas hipóteses em que isto fosse estritamente necessário para manutenção da ordem e da segurança jurídica e desde que o fundamento desta previsão fosse um dever de agir, ou de não fazer algo, baseado estritamente em obrigações de natureza constitucional (p. ex.: omissão de socorro, art. 135, CP – fundada no dever de solidariedade, art. 3º, inc. I, CF, e no princípio da humanidade, art. 1º, inc. III, CF; crimes ambientais – Lei n. 9.605/98 – fundados no art. 225, CF).

8. Quanto à espécie de conduta – crimes de ação e crimes de omissão (comissivos/omissivos)

Todos os crimes são produto de uma conduta humana voluntária considerada proibida; sendo assim, de uma forma simples podemos separar o conceito de conduta em duas espécies:

1) *Ação:* conduta positiva, ou seja, fazer algo, movimento corporal voluntário produto de uma "contração muscular", utilização de uma energia física em relação a um objeto.
2) *Omissão:* conduta negativa, ou seja, deixar de agir, inércia de determinado agente em certa situação, produto de uma "distensão muscular" caracterizadora de um não fazer voluntário por parte do ser humano.

Desta forma, o legislador ao criar tipos penais incriminadores opta por prever concretamente condutas positivas (ações) ou condutas negativas (omissões) consideradas proibidas, estabelecendo penas que serão aplicadas àqueles que realizem estas condutas caracterizadoras de crimes.

Vamos classificar as infrações penais em dois grandes grupos, de acordo com a natureza da *conduta prevista concretamente pelo legislador nos tipos* penais, diferentemente do que faz parte da doutrina nacional, que como dissemos cos tuma focar a análise da natureza dos crimes na *conduta realizada pelo agente* em

cada caso concreto.

Sendo assim, quanto à forma de conduta formalmente prevista no tipo os crimes dividem-se em:

1) *Crimes de ação:* são aqueles em que o tipo penal objetivo prevê formalmente uma ação, ou seja, uma conduta positiva, um agir, um fazer algo considerado proibido. Esta é a regra geral, e a maioria dos tipos penais descreve uma ou mais ações (p. ex.: homicídio (art. 121, CP); lesão corporal (art. 129, CP); furto (art. 155, CP) etc.).
2) *Crimes de omissão:* são aqueles em que o tipo penal objetivo prevê formalmente uma omissão, ou seja, uma conduta negativa, um não fazer por parte do autor, considerado proibido, para o qual se estabelece uma pena (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP; abandono material – art. 244, CP).

Entretanto, para compreendermos estas duas grandes espécies de crime e posteriormente classificá-las de acordo com sua forma de realização, será preciso fazer um breve estudo a respeito da conduta omissiva e dos fundamentos de sua punibilidade, pois no que tange às ações (condutas positivas) não há maiores problemas quanto à sua reprovação e punição em face da violação de um bem jurídico tutelado pela norma.

O fundamento de reprovabilidade da omissão encontra-se no chamado dever jurídico de agir, ou seja, na obrigação imposta pelo ordenamento jurídico a indivíduos que devem atuar em certas situações para impedir a lesão de determinado bem jurídico. Desta forma, haverá crime sempre que ocorrer uma omissão de agir por parte de quem possui um dever de atuar imposto pela norma.

Há duas espécies de dever jurídico de agir, separadas de acordo com o âmbito de abrangência da obrigação de atuar e que fundamentam a punição da conduta omissiva em Direito Penal, são elas:

1) *Dever jurídico geral:* a obrigação de atuar para evitar a lesão a um bem jurídico alheio é imposta em certos casos a todos pela própria lei. Este dever de agir deve estar presente de forma expressa no próprio tipo penal incriminador que, não fazendo restrições expressas quanto a quem se destina a obrigação, atinge a todas as pessoas de forma ampla e absoluta com base na regra da generalidade da lei penal.
2) *Dever jurídico específico:* a obrigação de agir dirige-se especificamente a determinadas pessoas, chamadas de garantidores, que possuem o dever de agir para evitar a produção de resultados em certas situações concretas. Este dever jurídico específico (dever de garantia) está previsto na parte geral do

Código Penal (art. 13, § 2º) e aplica-se a certas pessoas que estão obrigadas a atuar para impedir a lesão de bens jurídicos tutelados pelas normas penais.

Portanto, a conduta omissiva poderá ser reprovada em dois âmbitos distintos: um primeiro direcionado a todos os cidadãos, produto de um dever geral de agir previsto expressamente em um tipo incriminador (p. ex.: art. 135, CP); e outro destinado a certas pessoas específicas, os chamados garantidores, de acordo com certos requisitos previstos de forma genérica na parte geral do Código Penal (art. 13, § 2º, CP).

A função de garantidor impõe ao indivíduo a obrigação de evitar a ocorrência de certos resultados lesivos quando houver uma situação de perigo para o bem jurídico de seu "garantido"; desta forma, é inerente ao dever de garantia a obrigação de agir para evitar o dano, mesmo que isso implique em riscos pessoais para quem desempenha esta função.

Porém, é de suma importância lembrar que para se falar em qualquer tipo de omissão é preciso que necessariamente haja a *possibilidade concreta de ação*, pois, em certas hipóteses em que não seja possível agir, nem mesmo o garantidor poderá ser imputado pelo resultado produzido. Não é por acaso que o legislador previu no Código Penal expressamente que a omissão é penalmente relevante somente quando o agente podia, mas também devia, agir para impedir o resultado (art. 13, § 2º "*A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado*. (...)" *grifei*).

Além de não ser possível se imputar um resultado por omissão quando no caso concreto for absolutamente impossível para o garantidor agir para evitá-lo, deve-se ressaltar que modernamente, em face da análise dos requisitos da culpabilidade, também não se deve imputar ao garantidor um resultado, mesmo oriundo da omissão de uma ação possível, quando esta atuação necessariamente exigiria o sacrifício de sua própria vida em prol da evitação do dano ao garantido.

Explicamos: o ordenamento jurídico não pode exigir de ninguém e em nenhuma hipótese, nem mesmo de um garantidor, o sacrifício da própria vida; sendo assim, embora a omissão nestes casos seja relevante, ela não pode ser considerada culpável (reprovável) devido a uma total inexigibilidade de conduta diversa, o que obviamente afasta a existência do próprio crime.

Também se pode deduzir do texto legal do art. 13 que os garantidores deverão responder pelo resultado oriundo de sua omissão, ou seja, responderão pelos resultados materiais que poderiam ter sido evitados com a prática de uma

conduta no caso concreto, não se esquecendo de analisar se esta omissão foi dolosa ou culposa. Desta forma pode-se afirmar que:

- A punibilidade da lesão ao bem jurídico na omissão do garantidor é produto da não evitação de um resultado evitável, por quem tenha dever específico de agir no caso concreto.

Por exemplo, se o garantidor percebe que um indivíduo está prestes a se afogar em uma piscina e não faz nada para impedir o resultado morte, deverá responder por este resultado, ou seja, pelo crime de *homicídio* (art. 121, CP), já que podia e devia ter agido para evitar sua ocorrência. Entretanto não podemos deixar de lembrar que este garantidor responderá pelo homicídio doloso se a omissão foi intencional e por homicídio culposo se a sua "não ação" foi produto de uma falta de cuidado no caso concreto.

De acordo com o § 2º do art. 13 do Código Penal poderemos separar os garantidores em três grupos distintos, são eles:

- Alínea *a* – quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; nesta hipótese incluem-se os ascendentes e descendentes reciprocamente, os irmãos, os cônjuges (casamento formal, embora haja entendimento minoritário a favor de a união estável também gerar o dever de garantia), os tutores (responsáveis pelos menores inimputáveis) e os curadores (responsáveis pelos maiores inimputáveis), bem como, para boa parte da doutrina nacional, os funcionários públicos que possuam a função de cuidado e vigilância inerente ao cargo (p. ex.: policial, bombeiro).
- Alínea *b* – quem de outra forma assumir a responsabilidade de impedir o resultado, ou seja, toda forma de acordo entre as partes pode dar origem ao dever de garantia. Logo, esta hipótese engloba os contratos formais de natureza privada (p. ex.: segurança particular, a babá, a professora do colégio, o salva-vidas da piscina etc.), bem como os acordos verbais expressos, ou até mesmo tácitos, em que o indivíduo assume a função de garantia, cuidado e vigilância para impedir resultados (p. ex.: alguém que leva o filho de um amigo à praia).
- Alínea *c* – quando alguém, com seu comportamento anterior, criou o risco de ocorrência do resultado, ou seja, todo aquele que cria um risco ou coloca alguém em situação de perigo torna-se garantidor, ficando obrigado a agir para evitar a ocorrência deste resultado. Neste caso não importa a natureza da conduta que cria o risco de ocorrência do resultado; esta pode ser uma conduta dolosa, culposa, lícita ou ilícita, em todos os casos haverá

o dever de garantia (p. ex.: quem convida um amigo para um passeio de barco e, devido a uma manobra imprudente, gera o naufrágio da embarcação fica obrigado a agir).

Como já dissemos, em todas as hipóteses de dever de garantia, aquele que se omitir e não evitar a ocorrência do resultado deverá responder pela lesão ao bem jurídico afetado, sempre a título de dolo ou de culpa, de acordo com o elemento subjetivo da conduta omissiva.

Há algumas questões interessantes a respeito da função de garantidor que geram divergências doutrinárias principalmente em relação à interpretação da primeira hipótese do dever de garantia, qual seja o inerente a quem possua o dever de cuidado e vigilância oriundo da lei.

A questão é a seguinte: o dever de garantia vinculado à função pública de determinados profissionais é permanente, ou está vinculado apenas ao exercício da função?

Para responder a esta indagação surgem dois posicionamentos doutrinários distintos:

1) Nestas hipóteses o dever de garantia decorre da função exercida pelo agente e da sua profissão, logo o garantidor só estará obrigado a atuar para evitar o resultado enquanto estiver no exercício profissional. Fora destes momentos o indivíduo deverá ser tratado como uma pessoa comum, possuindo o dever geral de agir, não podendo ser imputado pelo resultado e respondendo, se for o caso, apenas pela omissão de socorro (art. 135, CP) (**majoritária**).
2) Pelo fato de estar atrelado à lei e vinculado à função pública do agente, o dever de garantia é permanente e não se vincula apenas ao exercício da função. Desta forma, o funcionário público será garantidor 24 horas por dia, todos os dias, a partir do momento em que assumir o cargo público que lhe atribuir o dever específico de cuidado e vigilância (**minoritária**).

Não nos parece fazer sentido o segundo posicionamento, pois o dever de garantia, nestes casos, oriundo da função pública exercida pelo agente só deverá perdurar enquanto o agente estiver no cumprimento de suas funções, no exercício de sua profissão, sendo que fora destes momentos o indivíduo deverá voltar a ser considerado um cidadão comum, que possui apenas o dever jurídico geral de agir de acordo com as situações previstas expressamente em lei (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP).

Com a devida vênia dos defensores do segundo posicionamento, seria um absurdo imputar a um policial ou a um bombeiro por todos os resultados de lesão

corporal ou morte que ocorressem ao seu redor se, por exemplo, em um sábado de folga, em que estivesse passeando com a família, por desatenção (culposamente) este não percebesse uma situação de perigo e deixasse de atuar para impedir a produção do resultado.

Outro aspecto interessante dentro da alínea *a* é que não é possível generalizar o dever de garantia oriundo de uma função pública, ou seja, o garantidor não pode ser assim considerado em qualquer situação. Por exemplo, um policial não está obrigado como garantidor a entrar no mar para salvar uma pessoa que esteja se afogando, pois seu dever de cuidado e vigilância não se refere a esta espécie de perigo, e ele deverá responder, se for o caso, apenas pela omissão de socorro (art. 135, CP).

Desta forma podemos tirar a seguinte conclusão: quando o dever de garantia nasce de uma função pública profissional, ele estará limitado às obrigações e características desta profissão e ao efetivo exercício funcional; fora disso subsiste o dever geral inerente a qualquer pessoa comum.

Finalmente, tomando por base as duas espécies de infração penal supracitadas, classificadas de acordo com a espécie de conduta prevista no tipo (crimes de ação e crimes de omissão), vamos complementar esta análise por meio de uma segunda forma de classificação, agora feita de acordo com a modalidade de conduta utilizada pelo agente para realização destas infrações penais.

Sendo assim, cada uma das duas espécies de crime será subdividida em duas, perfazendo assim um total de 5 subespécies de crimes, são elas:

8.1 Crimes de ação

8.1.1 Comissivos por ação

São aqueles em que o tipo penal prevê uma ação (conduta positiva), ou seja, um fazer algo, e o agente pratica este crime por meio da própria ação descrita na lei. Trata-se da regra geral em que o agente simplesmente realiza a ação prevista na norma penal (p. ex.: matar alguém por intermédio do disparo de uma arma de fogo – art. 121, CP).

8.1.2 Comissivos por omissão (omissivos impróprios)

São aqueles em que embora o tipo penal preveja uma ação (conduta positiva) o agente realiza o tipo por meio de uma omissão do seu dever específico de agir (dever de garantia), respondendo pelo resultado oriundo de sua omissão.

Esta espécie de crime também é chamada de *crime omissivo impróprio*, pois na verdade trata-se de um crime de ação que por ser praticado por meio da não realização de uma conduta pelo garantidor estaria sendo *impropriamente* considerado e classificado como *crime omissivo*.

Na verdade esta modalidade de crime nada mais é do que qualquer tipo penal de ação cujo resultado se dá como produto da omissão do dever específico de agir pelos chamados garantidores; sendo assim, podemos fazer a seguinte associação lógica:

Os crimes omissivos impróprios são crimes de ação cometidos por meio de uma omissão, por isso chamados de comissivos por omissão e por serem em essência crimes cuja norma prevê uma ação configuram a chamada forma imprópria de omissão.

8.2 Crimes de omissão

8.2.1 Omissivos próprios

São os crimes omissivos em essência, aqueles em que o próprio texto da lei prevê uma omissão, ou seja, a própria norma penal descreve um não fazer considerado proibido, sendo que o agente pratica esta infração por meio da pura e simples omissão de uma ação mandada, e a sua punibilidade fundamenta-se na violação de um dever geral de agir imposto pela norma incriminadora (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP).

8.2.2 Próprios omissivos

São na verdade uma espécie de crimes em que embora a lei preveja uma conduta negativa, uma omissão (crime omissivo), ela também exige uma qualidade específica por parte do seu sujeito ativo (crime próprio) e, via de regra, são crimes vinculados a certos garantidores.

Desta forma, esta é uma modalidade híbrida de infração penal, pois reúne uma característica dos *crimes omissivos próprios*, qual seja, a norma prevê expressamente um não fazer considerado proibido, mas também possui a característica de só poder ser praticado por determinadas pessoas (garantidores), aspecto inerente à modalidade de *crime omissivo impróprio.*

Sendo assim, propomos classificar esta gama de crimes não como crimes omissivos próprios, como faz a doutrina nacional de forma genérica, já que a proibição da omissão não se destina a todos, mas, sim, como *crimes próprios omissivos*, cuja lei prevê uma omissão, mas que só poderão ser realizados por

certas pessoas que possuam a específica qualidade de garantidores (p. ex.: abandono material – art. 244, CP – que só pode ser praticado por garantidores; abandono intelectual – art. 245, CP – que só pode ser praticado pelos pais).

8.2.3 Omissivos por comissão

Ocorrem quando alguém pratica um crime omissivo próprio (p. ex.: omissão de socorro – art. 135, CP) por meio de uma conduta positiva, ou seja, de uma ação. Na maioria das vezes se configura pela conduta de um agente que atue retirando o meio de salvamento de outrem e por isso cometendo o crime de omissão de socorro por via de uma ação (p. ex.: "A" ao perceber uma pessoa se afogando lhe atira uma boia, porém "C" resolve agir recolhendo a boia antes que a vítima conseguisse alcançá-la).

Esta classificação suscitada no Direito Penal alemão (cf. JAKOBS, 1997) se divide em duas hipóteses de ocorrência, de acordo com o sujeito ativo que se omite por meio da conduta positiva, sendo que apenas uma delas irá gerar repercussões práticas, são elas:

1) Quando quem atua é um garantidor: neste caso não há maiores relevâncias para esta classificação, pois o garantidor (art. 13, § 2º), independentemente de agir positivamente sobre o meio de salvamento ou de apenas se omitir, responderá pelo resultado oriundo de sua omissão (p. ex.: homicídio).
2) Quando quem atua é uma pessoa comum: nesta hipótese a classificação irá surtir efeitos concretos na imputação do crime, já que o agente que atuou positivamente sobre o meio de salvamento deixa de possuir apenas um dever jurídico geral de agir – que lhe imputaria uma omissão de socorro – e passa a ser visto como garantidor por ter com sua conduta criado um risco de ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, *c*).

Sendo assim, torna-se possível imputar ao agente o resultado oriundo da omissão praticada pela ação, convolando-se um crime inicialmente omissivo próprio em omissivo impróprio.

Na verdade esta classificação possuirá pouca relevância prática ainda se entendermos que ao retirar o meio de salvamento por meio de uma ação o agente realmente criou ou aumentou o risco de ocorrência do resultado, pois neste caso ele automaticamente se tornará garantidor (art. 13, § 2º, *c*), tendo a obrigação de evitar este resultado, e responderá por aquilo que causar, enquadrando-se normalmente na modalidade de crime comissivo por omissão (omissivo impróprio).

Entretanto, se não considerarmos que a ação de retirada do meio de salvamento criou ou ampliou o risco de ocorrência do resultado no caso concreto, esta classificação possuirá grande importância, já que cria realmente uma nova categoria de crime omissivo, pois o agente deverá responder efetivamente pelo *crime omissivo* (omissão de socorro – art. 135, CP) *por comissão*, ou seja, um crime omissivo próprio praticado por meio de uma ação.

Capítulo 5

Relação de Causalidade

Para iniciarmos o estudo deste tema precisamos partir de uma definição simples do que se entende por causalidade: é a relação entre a conduta de determinado agente e o resultado produzido, ou seja, é o vínculo necessário entre a conduta humana e determinado efeito produzido no mundo.

Em outras palavras é a relação de causa e efeito que será um pré-requisito para que alguém responda por determinado fato, já que em face dos paradigmas causais mais básicos um resultado só pode ser juridicamente atribuído a quem lhe deu causa.

De acordo com o art. 13 do Código Penal:

> O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11-7-1984.)

Desta forma, nosso Código Penal, seguindo a linha dominante em todo o Direito Penal moderno, considera que a relação de causalidade é pressuposto (mínimo) necessário para que se possibilite a imputação de resultados a alguém, embora, em face da estrutura finalista adotada, esta relação causal não seja requisito necessário para que haja crime (doloso), pois basta a conduta intencional voltada para a lesão de um bem jurídico alheio tutelado para que já se possa falar em um crime (pelo menos tentado) em nosso ordenamento, por mais que esta conduta não chegue a causar nada no mundo fático (p. ex.: tentativa branca).

A partir desta ideia já podemos enfrentar o primeiro problema a respeito da relação de causalidade em Direito Penal, ou seja, quando nos referimos no âmbito da relação de causalidade ao vínculo entre uma conduta humana e um resultado, qual a concepção de resultado adotada pelo conceito?

Vejamos, o Código Penal brasileiro se filiou a uma teoria oriunda dos modelos causais chamada teoria da equivalência das condições (ou dos antecedentes), também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*,

notadamente voltada para a chamada causalidade natural, o que para determinado setor da nossa doutrina denota uma vinculação do nosso ordenamento ao conceito de relação de causalidade estritamente natural, naturalística, ou seja, ligada à causação de um resultado físico, concreto, no mundo dos fatos, no mundo real.

Conforme o professor Rogério Greco: "*Assim quando falamos em relação de causalidade estamos nos referindo àquele vínculo entre a conduta do agente e o resultado naturalístico por ela produzido*" (grifo nosso).

Desta forma, seguindo esta linha de raciocínio, entende boa parte da nossa doutrina que o art. 13 do CP, que versa sobre a relação de causalidade, ao mencionar "o resultado de que depende a existência do crime", estaria se referindo exclusivamente a um resultado concreto, naturalístico, material.

A partir desta linha de raciocínio fica inegável afirmar, como faz esta mencionada parcela da doutrina pátria, que nem todos os crimes previstos no Código Penal possuiriam relação de causalidade, o que para nós é um equívoco interpretativo e principalmente de análise do próprio conceito de relação causal adotado por estes mesmos autores.

De fato, o art. 13 do CP, à primeira vista, por se filiar à teoria da *conditio sine qua non*, aparentemente se refere à relação de causalidade natural, mesmo por que, como já falamos, esta é uma estrutura intimamente ligada e de fortes raízes causalistas, o que já demonstra uma vinculação ao conceito de resultado natural causado no mundo das coisas, produto da conduta humana e fator de delimitação do crime.

Porém, não podemos esquecer que o Código Penal brasileiro se situa em uma realidade finalista, oriunda das estruturas de Hans Welzel, e que acima de tudo precisamos trabalhar com a análise tanto do desvalor da ação quanto do desvalor do resultado para se imputar um crime a alguém.

Ao se adotar um conceito de causalidade puramente naturalista, fundamentando esta tese apenas na presença da teoria da equivalência das condições no Código Penal, haveria inegavelmente um choque entre a ideia de que apenas resultados causados por uma conduta podem ser atribuídos aos agentes que a tenham praticado e a responsabilidade penal por meras condutas violadoras de bens jurídicos, consagrada em nossa legislação; já que o Código Penal sanciona também meras condutas que apenas oferecem perigos de lesão a determinados bens.

Ora, não faz sentido negar a relação de causalidade, nos crimes formais e de

mera conduta (incluídos os crimes omissivos próprios), já que o agente será imputado exatamente pelos resultados ofensivos aos bens jurídicos tutelados nestes tipos, atribuindo-se a estes agentes as sanções integrais (sem redução de pena como ocorre na tentativa) caso simplesmente completem a realização da conduta típica prevista.

No fundo, se o paradigma a ser seguido, embora questionado hoje em dia, seja o do bem jurídico para imputações e atribuições de resultados (jurídicos e não apenas naturalísticos), não há como negar que, a despeito da adoção positiva na nossa lei da teoria da *conditio sine qua non,* nada nos impede de considerar que há também uma relação de causalidade entre a conduta humana e a violação de bens jurídicos tutelados, ou mesmo um vínculo causal entre a conduta do agente e a criação de um risco ou seu incremento, para se afirmar a existência de uma relação de causalidade nos chamados crimes formais, de mera conduta, e até mesmo nos crimes de perigo concreto.

Não nos parece correta a afirmação de ausência de relação de causalidade em crimes desta natureza, mas o correto seria dizer que não há uma *relação de causalidade natural* nestes crimes em que o resultado naturalístico não seja necessário para que ocorra a consumação, embora seja primordial que se demonstre um vínculo causal entre a conduta do agente e a efetiva lesão (ou concreto perigo de lesão) ao bem jurídico tutelado pela norma típica violada.

Analisando os atuais critérios de delimitação de autoria e suas repercussões na separação das figuras de autores e partícipes, poderemos perceber que ao trabalharmos com o moderno critério do domínio final do fato a imputação do crime a título de autor se dá àquele que possua o domínio final sobre a lesão ao bem jurídico a ser produzida pela prática da conduta, portanto para isso há necessariamente que se estabelecer um vínculo causal entre este autor e o resultado jurídico (naturalístico ou não) que é por ele dominado.

Note-se que a teoria do domínio final do fato, embora se destine exclusivamente aos crimes dolosos, não se aplicando aos crimes culposos, não possui qualquer limitação em razão da natureza material ou formal do crime praticado, e a diferenciação entre os papéis de autoria e participação depende exatamente do vínculo causal e do domínio sobre os fatos que o agente possua ou não, fatos estes que se traduzem apenas como lesão ao bem jurídico, não necessariamente como um resultado naturalístico.

Podemos em suma afirmar que, para nós, todos os crimes possuem uma relação de causalidade, sendo que naqueles de natureza material pode-se afirmar

a existência de uma causalidade natural, enquanto nos de natureza não material haverá apenas uma causalidade jurídica (necessária) entre a conduta e a concreta, ou mesmo potencial, lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

E ainda o fato de o art. 13 do Código Penal ter adotado a teoria da equivalência das condições não impede que, em face da afirmação da causalidade na omissão e das diversas espécies de crime previstas no nosso ordenamento, bem como pela evolução dos conceitos de autoria e de imputação no Direito Penal, e ainda de acordo com os paradigmas da lesividade e do bem jurídico, não se pode negar a presença e aplicação de uma relação de causalidade jurídica em todas as modalidades de crime no Direito Penal moderno.

1. Teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência das condições (art. 13, CP)

O Código Penal brasileiro para delimitação da relação de causalidade adotou a teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes, a conhecida teoria da *conditio sine qua non*, que se resume na seguinte ideia: causa é toda condição essencial sem a qual o resultado não teria ocorrido (da forma como ocorreu), sendo que todas as condições que forem essenciais para o resultado possuirão o mesmo valor e serão consideradas causa.

Desta forma, percebe-se que se considera causa tudo aquilo que puder ser reconhecido como essencial, fundamental para a ocorrência de determinado resultado, sendo que de acordo com esta estrutura teórica o problema reside então na delimitação do que pode ser considerado essencial, ou não, para a produção deste resultado.

Além disso, a mencionada teoria reafirma a equivalência dos antecedentes causais, ou seja, se houver mais de uma condição essencial para um resultado estas condições se equivalem, possuem a mesma relevância, sendo assim consideradas causas. Daí o nome “equivalência das condições”, já que não se pode considerar que uma condição seja mais ou menos essencial para um fato, pois determinado fator ou é fundamental para um resultado ou não é, por isso mesmo condições consideradas essenciais têm a mesma valoração e importância, qual seja “valor de causa”.

Para delimitar se determinado fato é ou não essencial para a produção de um resultado e, portanto, se poderá ser considerado causa, nossa estrutura adotou o famoso *método da eliminação hipotética* (Thyrén), por meio do qual se deve eliminar hipoteticamente (mentalmente) determinado fator (condição) e avaliar

se na sua ausência o resultado típico se modificaria, deixando de ocorrer, ou pelo menos, ocorrendo de forma diversa. Caso o resultado permaneça idêntico, o fator (condição) eliminado não poderá ser considerado causa, consequentemente este resultado não será imputado ao agente que realizou a conduta eliminada (considerada *condição não essencial*).

O referido método de Thyrén, que pode ser mais bem reconhecido como um *método de apuração da essencialidade de uma condição,* é no mínimo bastante óbvio, porém o importante é entendermos a sua mecânica e aplicação prática, pois o objetivo desta eliminação mental é descobrir se a conduta de determinado agente, independentemente de existirem outros fatores envolvidos (concausas), poderá ser vista como causa para que assim o resultado produzido possa vir a ser atribuído a este agente na forma de um crime consumado.

Sendo assim, o segredo para um adequado trabalho com a *conditio sine qua non* e seu método de eliminação está em se estabelecer como referencial, e como fator (condição) a ser eliminado, a conduta do ser humano que se pretenda apurar como causador ou não do resultado causado. Tomar a conduta humana como ponto de referência da eliminação hipotética será também fator fundamental para possibilitar um correto enquadramento das chamadas condições, bem como para sua conhecida classificação em preexistentes, concomitantes e supervenientes, de acordo com o caso concreto.

Quando utilizamos o nome *conditio sine qua non* é possível perceber o fundamento da referida teoria e o porquê da adoção do método de Thyrén dentro desta estrutura teórica, já que haverá uma causa quando se identificar uma condição (*conditio*) sem a qual (*sine qua*) não (*non*) *ocorreria o resultado* e, para se descobrir isto, basta eliminá-la mentalmente e avaliar se o resultado produzido muda ou não.

Alguns problemas surgem da adoção da teoria da *conditio sine qua non* devido à sua estrutura bastante simplória, sendo que muitos destes inconvenientes acabaram tendo que ser resolvidos por meio de uma interpretação racional do conceito, ou mesmo com o apoio de certos princípios e paradigmas penais, por exemplo, o princípio da culpabilidade (responsabilidade penal subjetiva).

O primeiro problema se refere ao fato de que não se pode interpretar o texto do art. 13, CP, de forma literal e estrita, devendo-se mitigar sua previsão em prol de conclusões mais razoáveis e assim viabilizar sua aplicação concreta.

Explicamos: o texto que delimita a mencionada teoria da causalidade quando

prevê “(...) sem a qual o resultado não teria ocorrido” deve ser lido pelo intérprete acrescentando-se um conceito lógico na sua parte final, ou seja, o termo “como ocorreu” para possibilitar assim uma maior abrangência do nexo causal no processo de eliminação hipotética.

Desta forma, para viabilizar uma racional aplicação da teoria da *conditio sine qua non* e ampliar seu alcance em face das realidades fáticas, evitando falhas interpretativas, bem como as recorrentes críticas que esta teoria habitualmente sofre, e ainda sem se fazer necessário buscar alternativas em teorias acessórias da causalidade (p. ex.: causalidade adequada/relevância jurídica/imputação objetiva), o texto da teoria da *conditio sine qua non* em nosso art. 13 do Código Penal poderia ter se apresentado da seguinte forma: o resultado, *ofensa a um bem jurídico*, de que depende a existência do crime somente será imputável a quem lhe der causa. Considera-se causa toda ação ou omissão sem a qual este resultado não teria ocorrido *da forma como ocorreu*.

Entretanto, os problemas da relação de causalidade sob a ótica da equivalência das condições e de seu método da eliminação hipotética não terminam por aí, já que muito conhecida é a crítica por meio da qual se afirma que este método delimitador da causalidade poderia levar, muitas vezes, a um processo de eliminação *ad infinitum* no plano da relação causal e assim impor o reconhecimento como causa de fatos remotos do passado, ou mesmo relacionados a pessoas totalmente alheias ao fato criminoso praticado pelo agente (p. ex.: responsabilizar o fabricante da arma, ou mesmo os pais do sujeito ativo).

Embora acreditemos que o problema seja invencível se visto sob a ótica de uma relação de causalidade natural cega, parece-nos que isto só ocorrerá se a teoria da *conditio sine qua non* for considerada e analisada separadamente do restante dos institutos e princípios norteadores de Direito Penal, o que não é certo, já que a relação causal é apenas uma das muitas etapas de avaliação necessárias para se chegar à imputação de determinado resultado a um agente.

Acreditamos que a questão da eliminação *ad infinitum*, que no plano de uma causalidade natural é inegavelmente insolúvel, fica resolvida a contento fora do âmbito da relação causal por meio de um dos paradigmas mais sólidos do Direito Penal moderno, qual seja o princípio da culpabilidade, ou da responsabilidade penal exclusivamente subjetiva.

Embora haja soluções apresentadas pela doutrina para resolver este problema no plano da causalidade, sendo o mais conhecido deles o critério da *proibição de*

regresso desenvolvido por Frank e posteriormente encampado sob nova ótica por Jakobs na esteira das limitações jurídicas à causalidade natural, popularmente conhecida como *imputação objetiva*, não nos parece ser necessário adulterar os paradigmas causais da *conditio sine qua non* para que se chegue a uma solução satisfatória nestes casos.

Não há qualquer mal em se reconhecer que, no plano da relação de causalidade natural, a regressão *ad infinitum* se imponha como consequência inafastável da teoria da *conditio sine qua non* e do método de eliminação hipotética, se, porém, considerarmos que a solução do problema não se situa na causalidade, mas, sim, no plano da própria Tipicidade.

Sendo assim, a partir da análise do elemento subjetivo, Dolo, bem como da análise da Culpa (sentido estrito), em relação ao resultado causado e em face da conduta realizada por cada agente limita-se a responsabilidade penal, afastando a própria tipicidade do fato para aqueles que, em razão da regressão infinita, eventualmente tiverem sido alcançados pelo nexo de causalidade natural.

Desta forma, podemos concluir que os problemas da teoria da *conditio sine qua non* e do método da eliminação hipotética no que tange às consequências de uma regressão infinita, embora não encontrem solução na análise da relação de causalidade sob a ótica desta teoria, são satisfatoriamente tratados e resolvidos pelo princípio da culpabilidade e, portanto, dentro da estrutura típica, que no Direito Penal moderno vincula-se a uma exclusiva responsabilidade subjetiva.

Todavia, nem sempre ao apurar a produção de um resultado se constata imediatamente a existência de uma única causa, pois na situação concreta, muitas vezes aparentemente (ou não), vários fatores podem ter concorrido para a causação de um evento típico.

Sendo assim, havendo uma pluralidade de fatores e de condições presentes na situação fática, devemos classificar estas condições inicialmente de acordo com a relação que possuam umas com as outras, entre si e também com o resultado produzido, gerando assim dois grandes grupos de condições.

Primeiro, as chamadas *condições absolutamente independentes entre si*, ou seja, quando dois fatores que aparentemente possam ter contribuído para a produção de um resultado não se comunicam, não se inter-relacionam, e, portanto, não interferem um no outro. Nestas hipóteses é evidente a constatação de que apenas um fator poderá ter efetivamente dado causa ao resultado.

Ora, se dois fatores são absolutamente independentes, não se tocam e são autônomos entre si, é sinal que apenas um deles pode ter sido a causa do

resultado produzido, isto por haver um somatório de forças e cada condição desempenhar seu papel, fazendo com que somente uma delas pudesse ser considerada essencial (causa) para o resultado.

Com isso podemos tirar uma primeira conclusão a respeito destas referidas condições absolutamente independentes: nas condições absolutamente independentes, por não haver vínculo entre elas, basta se utilizar normalmente o método da eliminação hipotética para descobrir qual delas efetivamente foi essencial e, portanto, causa do resultado.

Segundo, as chamadas condições relativamente independentes entre si, ou seja, aquelas que se inter-relacionam, uma interferindo e colaborando com a outra para que o resultado se produza. Desta forma, se uma condição depende da outra, pois se comunicam, atuando mutuamente em prol de determinado resultado, é sinal que todas serão igualmente essenciais para sua produção, portanto elas se *equivalem*, sendo *ambas consideradas causa* do evento produzido.

Aqui também podemos fazer uma elucidativa afirmação: havendo condições relativamente independentes, também basta aplicar o método da eliminação hipotética para se chegar à inquestionável conclusão de que cada uma delas, no plano da causalidade natural, poderá ser reconhecida como causa do resultado devido à evidente essencialidade de ambas as condições, em face da teoria da equivalência das condições.

Entretanto, sabemos que o nosso Código Penal trás em seu art. 13, § 1º, *uma limitação à regra da eliminação hipotética* como fundamento de uma relação de causalidade racional, mitigando as bases da teoria da *conditio sine qua non*. Para isso nega o principal paradigma estabelecido por esta teoria por meio do qual "*toda condição essencial para um resultado será causa*" (grifei), criando assim uma limitação jurídico-normativa à causalidade natural na qual se fundamenta o ordenamento brasileiro.

Para que se possam compreender os fundamentos e as consequências desta previsão, que acreditamos demonstrar um indício de causalidade normativa na legislação pátria e de certa forma uma mostra da própria teoria da imputação objetiva do resultado presente no Código Penal brasileiro, é preciso primeiramente classificar estas referidas condições – absolutamente e relativamente independentes – em face da relação temporal que possuam entre si (preexistentes, concomitantes e supervenientes) para constatarmos suas consequências no âmbito da imputação (ou não) de resultados ao agente.

Na verdade o segredo para compreendermos esta classificação está em se estabelecer um ponto de referência, ou seja, tomar uma destas condições como base, marco para que em função dela possamos classificar as demais condições existentes como anteriores, simultâneas ou posteriores a ela e identificar dentro da teoria da *conditio sine qua non* e de sua limitação normativa imposta pelo § 1º do art. 13 do Código Penal quais as suas consequências.

Por mais simples que possa parecer, estabelecer uma condição como base para classificar as demais em preexistentes, concomitantes e supervenientes será fundamental para um correto tratamento da relação causal, e este ponto de referência deverá ser sempre a conduta do agente a quem se pretenda imputar o resultado lesivo produzido caso seja identificado como "aquele que lhe deu causa".

Podemos afirmar então que as condições serão classificadas como absolutamente independentes ou relativamente independentes e ainda como preexistentes, concomitantes ou supervenientes, sempre em relação à conduta do agente a quem se pretenda imputar o resultado causado.

No que tange às condições que sejam absolutamente independentes entre si, como vimos não irá importar se esta é preexistente, concomitante ou superveniente em relação à conduta do agente que se pretenda apurar se é ou não o causador e, portanto, imputável pelo resultado produzido. Isto porque sendo as condições totalmente independentes (entre si) basta operar a eliminação hipotética para se avaliar se uma delas, qual seja, a conduta do agente, foi ou não causa do resultado.

Vejamos o clássico exemplo do envenenamento para ilustrar condições absolutamente independentes e as consequências da aplicação pura e simples do método da eliminação hipotética: "A" envenena "B", que, sem saber disso e antes que o veneno atuasse em seu corpo, sai de casa para o trabalho, sendo atropelado na rua em frente a seu prédio.

Neste caso, tomando por base a conduta de "A", que queremos descobrir se poderá responder pelo resultado morte produzido, basta se aplicar o método da eliminação hipotética, já que o atropelamento é absolutamente independente em relação ao envenenamento (conduta do agente) e, portanto, uma circunstância não interfere na outra. Sendo que, por ter ocorrido após a prática da conduta pelo autor, esta circunstância poderá ser considerada uma condição absolutamente independente superveniente.

Desta forma percebe-se que, eliminando a conduta de envenenar do agente, o

resultado morte (por atropelamento) persiste inalterado, e isso nos leva a constatar que a conduta praticada não pode ser vista como causa do resultado morte, portanto este resultado não poderá ser atribuído ao autor, que só responderá por aquilo que tiver praticado, neste caso, pela tentativa de homicídio.

Nas chamadas condições relativamente independentes (entre si) temos sempre um vínculo entre a conduta do autor e outra condição, que poderá ser preexistente, concomitante ou superveniente, sendo que, devido a este vínculo necessário e de uma depender em parte da outra para que ocorra o resultado, sempre se perceberá que cada uma dessas concausas é condição essencial para a produção do resultado e, ao menos *em sede de causalidade natural*, será possível atribuir este resultado ao agente.

Entretanto, havendo condições relativamente independentes em relação à conduta do agente, embora, via de regra, pelo método da eliminação hipotética deva-se imputar o resultado ao autor, isto nem sempre ocorrerá e devemos atentar principalmente para duas peculiaridades:

1) O problema do desconhecimento da condição preexistente relativamente independente (à conduta do agente).
2) A exceção à teoria da *conditio sine qua non* e à eliminação hipotética, oriunda da limitação normativa à causalidade prevista no art. 13, § 1º, CP.

Para a maioria da doutrina nacional o conhecimento da condição relativamente independente preexistente é necessário para se imputar ao agente dolosamente o resultado produzido em face de sua conduta e, ainda, que o não atendimento a esse requisito violaria o princípio da culpabilidade, configurando a adoção de uma responsabilidade penal objetiva.

O professor Rogério Greco (2006), ilustrando a ocorrência de uma causa preexistente relativamente independente e o referido posicionamento, afirma:

> Tomemos aquele exemplo clássico da vítima hemofílica. (...) Contudo, se o agente desconhecia a hemofilia da vítima não poderá ser responsabilizado pelo resultado morte, uma vez que estaria sendo responsabilizado objetivamente.

Parece-nos que nem sempre o desconhecimento da condição preexistente afastará a existência do dolo na conduta do agente, já que esse está vinculado à análise da conduta típica, sendo seu elemento subjetivo quanto a produção de um resultado. De acordo com a situação concreta, muitas vezes a efetiva presença de uma finalidade (dolo) independe absolutamente de o agente conhecer, ou não,

certa condição preexistente que, em conjunto com sua conduta, tenha dado causa a um resultado.

É inegável que em certas situações o desconhecimento da condição preexistente poderá interferir no juízo de tipicidade da conduta, gerando ausência de dolo na conduta do autor, e assim impedir a imputação do resultado por ele causado sob pena de uma responsabilidade objetiva. Contudo, isso de forma alguma significa que, necessariamente e em todas as hipóteses, a ausência de conhecimento da concausa preexistente irá gerar estas consequências.

No que tange à responsabilidade penal do agente quanto ao resultado causado por sua conduta, vejamos alguns exemplos concretos que demonstram a diferença inquestionável dos efeitos do desconhecimento das condições relativamente independentes em cada caso:

- *No clássico exemplo da hemofilia*: determinado agente dispara arma de fogo contra um desafeto (que é hemofílico), ou mesmo o golpeia no tórax com uma faca, com ânimo de matá-lo. Este morre em função de hemorragia aguda produto da sua condição de hemofílico preexistente, já que o ataque não atingiu órgão vital, embora tenha produzido uma grave lesão.

Neste exemplo pode-se perceber que numa análise pré-típica, com base no método da eliminação hipotética e de acordo com a teoria da *conditio sine qua non*, a conduta do agente (facada ou tiro) pode ser considerada causa do resultado por ser condição essencial para sua produção, já que eliminando-a este deixaria de ocorrer, inegavelmente a hemofilia também foi condição essencial para a morte.

Porém, passando para uma segunda etapa de análise, em que deve ser apurado o elemento subjetivo (dolo) da conduta do agente, pode-se perceber que este praticou a ação (golpe de faca/disparo da arma) com evidente e inegável *animus necandi*, ou seja, dolo de matar seu desafeto, e isto obviamente independe absolutamente de ele conhecer, ou não, a condição de hemofílico da vítima.

Portanto, podemos concluir que nem sempre o desconhecimento da situação preexistente relativamente independente irá afetar o dolo na conduta do agente e gerar situação de responsabilidade objetiva quanto a imputação do resultado. A relação de causalidade é uma análise pré-típica, enquanto o dolo, elemento subjetivo do Tipo, deve ser apurado em face do caso concreto de acordo com a conduta do agente e sua finalidade ao agir, o que muitas vezes fica evidente independentemente do conhecimento ou não de uma concausa preexistente que

tenha concorrido para a produção do resultado.

Após uma discussão no trânsito, determinado agente com *animus laedendi* (de lesão corpórea) agride outrem com um soco no rosto. Porém, a pessoa cai morta devido à eclosão de um aneurisma cerebral que era de total desconhecimento do agressor.

Neste caso as consequências do desconhecimento da condição preexistente evidentemente serão completamente diferentes, pois a imputação do resultado morte, seja a título de dolo ou a título de culpa, não poderá ocorrer já que, em face do desconhecimento da referida concausa, esta imputação configuraria, sem dúvida, uma nefasta e inaceitável responsabilidade objetiva.

Percebe-se no segundo exemplo narrado que, embora de acordo com a teoria da *conditio sine qua non* e com o método da eliminação hipotética o soco no rosto proferido pelo agressor tenha sido causa do resultado morte, já que se apresenta como condição essencial sem a qual este resultado não teria acontecido, não havia na conduta do agente *animus necandi* (dolo de matar) com o golpe aplicado, e isso deve afastar a imputação do resultado morte a título de dolo direto.

Devido ao desconhecimento da condição preexistente (aneurisma cerebral) não se poderia falar também em um dolo eventual alternativo de resultado morte na conduta dolosa de lesão corporal do agente, já que não havia como se ter previsão concreta, para assunção do risco, do resultado morte ocorrido por meio da conduta praticada (soco).

Da mesma forma, quanto ao resultado morte, não se pode falar sequer em previsibilidade por parte do agente que proferiu o golpe – mais uma vez em razão de a causa preexistente relativamente independente (aneurisma) ser totalmente ignorada por ele – portanto, neste caso a morte da vítima não poderá ser atribuída ao autor nem mesmo a título de culpa, afastando-se até mesmo a possibilidade de imputação da lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP), sob pena, agora sim, de uma responsabilidade penal objetiva.

Com isso percebemos que na situação acima narrada em face do desconhecimento da condição preexistente relativamente independente por parte do autor impede-se a imputação do resultado a ele, mesmo se constatando a existência do nexo causal entre a sua conduta e este resultado, isto em razão da ausência de dolo ou culpa na sua conduta (em relação à morte), produto e consequência inexorável desta falta de consciência a respeito da concausa.

Sendo assim, embora a doutrina nacional em maioria prefira exigir sempre o

conhecimento da condição preexistente, como requisito para se imputar o resultado ao agente, podemos concluir então que, somente em certas hipóteses específicas em que para se demonstrar o dolo ou a culpa quanto ao resultado seja necessário conhecer a preexistência, este conhecimento será necessário para a imputação do resultado ao agente sem que haja responsabilidade penal objetiva. Logo, nem sempre o desconhecimento da condição preexistente relativamente independente impede a imputação do resultado ao autor.

Passemos agora para a análise do problema da superveniência causal, ou, como prefere parte da nossa doutrina, das condições supervenientes relativamente independentes e das suas consequências em face da expressa limitação à causalidade natural prevista no art. 13, § 1º, do Código Penal.

Como vimos, a teoria da *conditio sine qua non* e seu método da eliminação hipotética resolvem sem exceção todas as hipóteses de condições absolutamente independentes (preexistente, concomitante ou superveniente), bem como solucionam a contento as hipóteses de condições relativamente independentes preexistentes e concomitantes. Entretanto, no que tange às condições relativamente independentes supervenientes à utilização do referido método, bem como da própria teoria da equivalência das condições, sofreu algumas restrições por expressa previsão em nosso Código Penal.

De acordo com o art. 13, § 1º, CP, s*uperveniência de causa independente* (incluído pela Lei n. 7.209, de 11-7-1984):

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

Com base no referido dispositivo percebe-se que o legislador excepcionou de forma expressa a apuração da causalidade natural como único critério de imputação do resultado ao agente, fazendo com que, em certas hipóteses, mesmo aplicando-se o método da eliminação hipotética e se constatado que a conduta do agente foi condição essencial para o resultado este não deva ser imputado a ele, isto quando ocorrer uma condição relativamente independente superveniente que “por si só produziu o resultado”.

O mais delicado neste dispositivo legal é conseguir compreender como uma condição que é relativamente independente (portanto depende de outra) pode ter “por si só” produzido um resultado, algo que só se torna possível por meio do seguinte raciocínio: embora as condições sejam dependentes entre si, já que uma precisa da intervenção da outra, deve-se averiguar se há um desdobramento

natural e homogêneo entre a conduta praticada e a condição posterior que contribuiu para o resultado. Deve-se avaliar se o resultado foi produto também das consequências da conduta realizada pelo autor, ou se o fato posterior, independentemente da gravidade do que foi causado pela conduta do agente, foi capaz “por si só” (“sozinho”) de gerar o resultado.

Logo, em situações de superveniência de uma concausa relativamente independente devemos analisar a situação concreta de duas formas:

1) Quando a condição superveniente for um desdobramento natural e homogêneo da conduta praticada pelo agente e o resultado seja produto também da gravidade e das consequências do que o agente gerou com seus atos.
2) Quando a condição superveniente **não** for um desdobramento normal e homogêneo da conduta do agente e sim um fator isolado e de certa forma autônomo daquilo que foi feito, portanto quando “por si só” tenha sido capaz de ter dado causa ao resultado (art. 13, § 1º, CP).

Na primeira hipótese não há maiores problemas ou novidades no âmbito da causalidade, já que se aplica normalmente a eliminação hipotética e a *conditio sine qua non* para se revelar a relação causal e possibilitar a imputação do resultado ao agente que realizou a conduta que, agregada a concausa superveniente, gerou o resultado (p. ex.: se a vítima morre em decorrência de uma parada cardíaca produto da hemorragia aguda devido ao ferimento, ou ainda se isso ocorre por entrar em choque na mesa de cirurgia).

Na segunda hipótese haverá uma limitação à relação de causalidade natural demonstrada pelo método da eliminação hipotética, bem como uma exceção à teoria da *conditio sine qua non*, fazendo com que de acordo com o art. 13, § 1º, do Código Penal o agente não possa ser imputado pelo resultado, a despeito de este resultado ter sido produto de sua conduta – embora esta efetivamente seja uma condição essencial para a ocorrência do resultado.

Para ilustrar esta segunda situação, podemos usar os clássicos exemplos do incêndio no hospital ou do acidente de ambulância, em que o agente atinge seu desafeto com ânimo de matá-lo ou mesmo de lesioná-lo, sendo que no caminho para o hospital ocorre um acidente com a ambulância, produzindo-se a morte da vítima por traumatismo craniano, ou, então, se ao chegar ao hospital ocorre um incêndio no ambulatório, matando carbonizada a mencionada vítima da conduta do autor.

Ocorre que, embora as condições (agressão/acidente ou incêndio) sejam

relativamente independentes, por uma depender da outra para se gerar o resultado, a concausa superveniente à conduta do autor não traduz um desdobramento fático homogêneo e natural, não sendo uma consequência dos fatos por ele praticados.

Por isso de acordo com o § 1º do art. 13 do Código Penal, nestes casos, será afastado o nexo causal naturalístico existente para que o agente seja imputado apenas por aquilo que tiver feito, ou seja, a tentativa (p. ex.: de homicídio) ou o resultado (p. ex.: lesão corporal) produzido exclusivamente pela conduta praticada, afastando-se as consequências da intervenção causal da condição superveniente que gerou o resultado.

É evidente que, havendo concausas relativamente independentes, se utilizarmos o método da eliminação hipotética sempre ambas as condições serão consideradas essenciais para o resultado e, portanto, inegavelmente haverá nexo de causalidade natural entre este resultado e a conduta do agente. Entretanto, por meio do art. 13, § 1º, do Código Penal nosso legislador optou por criar uma limitação normativa e objetiva a esta causalidade natural, impedindo assim que, nestes casos, o resultado produzido pudesse ser atribuído ao agente.

Dentro deste contexto surge a controvertida questão da infecção hospitalar quando esta venha a causar a morte da vítima em face de uma conduta praticada pelo agente, já que esta é uma condição relativamente independente superveniente à conduta do agente e que *a priori* não excluiria o nexo de causalidade para com o resultado.

Porém, cabe perguntar se nestas hipóteses aplica-se a limitação do art. 13, § 1º, do Código Penal, considerando que a infecção "por si só" produziu o resultado e afastando a imputação do resultado ao autor, ou se há um desdobramento natural e homogêneo que normalmente pela *conditio sine qua non* imponha a imputação do resultado ao autor.

Diferentemente do que afirma parte da nossa doutrina que erroneamente tenta estabelecer uma regra geral para estas hipóteses, na situação de infecção hospitalar deve-se avaliar caso a caso, para verificar se efetivamente a infecção tem um vínculo, um liame, com a conduta praticada, sendo uma consequência da gravidade do que foi realizado pelo agente, para que nestes casos então lhe possa ser imputado o resultado (p. ex.: uma faca enferrujada que gera uma septicemia generalizada).

Caso se perceba que, a despeito da gravidade da conduta realizada, a infecção hospitalar surge por um fator autônomo a ela (p. ex.: um vazamento no

ambulatório, uma comida estragada etc.), deve-se considerá-la um fator independente que “por si só” produziu o resultado e, portanto, aplicar o art. 13, § 1º, do Código Penal para afastar o nexo causal, impedindo assim a imputação deste resultado ao agente.

Sendo assim, percebemos que nosso Código Penal, embora tenha adotado a teoria da *conditio sine qua non* e o método da eliminação hipotética para delimitação da causalidade, adota uma restrição normativa a esta tese, gerando assim uma limitação à imputação de resultados naturalisticamente causados em certas hipóteses, algo que muito se assemelha com as ideias da chamada teoria da imputação objetiva do resultado, que será estudada a seguir.

Além disso, conforme afirmamos anteriormente, a relação de causalidade, por ser analisada em uma esfera pré-típica, possui certa independência em relação à constatação e delimitação da tipicidade penal, esta sim, vinculada ao princípio da culpabilidade (responsabilidade subjetiva) que limita a imputação de resultados causados a determinado agente se este tiver atuado sem dolo e sem culpa.

2. A teoria da imputação objetiva

Dentre os diversos sistemas causais existentes, ultimamente tem-se dado grande importância e destaque ao critério da imputação objetiva do resultado, elevado hoje, por parte da doutrina nacional, ao *status* de grande novidade e até mesmo de solução para os inúmeros problemas até então insolúveis da análise da relação de causalidade em determinadas situações.

Entretanto, por mais cômodo que possa ser para alguns, importar soluções do Direito Penal germânico sem uma análise mais cautelosa da sua real eficácia e necessidade de aplicação não nos parece ser algo tão simples assim, pelo menos se buscarmos um tratamento técnico e um mínimo de responsabilidade dogmática na abordagem de um tema tão delicado e peculiar como é a relação de causalidade e seus critérios delimitadores.

Na verdade, aquilo que hoje vem sendo erigido ao patamar de inovação e que tem gerado inúmeras discussões na doutrina a respeito de sua aplicabilidade ou não no ordenamento jurídico brasileiro já aparecia, mesmo que de forma oculta, na própria parte especial do nosso código, sendo a única forma técnica e precisa para fundamentar a relação de causalidade em alguns delitos, e isto muito antes de a própria doutrina alemã ter ensaiado a estruturação dos critérios de imputação objetiva do resultado.

Porém, independentemente da ótica que se queira adotar, não se desnatura a ideia de que o critério de imputação objetiva do resultado não só tem aplicação dogmática em nosso ordenamento, sendo em certos casos imprescindível para se fundamentar e justificar a relação de causalidade, bem como a imputação penal em determinados delitos.

Destarte, não podemos achar por isso que este critério seja necessário para apurar as relações causais em todos os delitos nem, muito menos, que seja um substitutivo do critério de causalidade material transcrito na teoria da *conditio sine qua non*, adotada pela dogmática e legislação nacional; considerá-lo assim seria, no mínimo, uma ingenuidade e também um grave equívoco.

Desta forma, passaremos agora para uma breve análise dos dois principais sistemas causais desenvolvidos e adotados na Alemanha e que deram forma a duas vertentes teóricas de imputação objetiva do resultado, delimitando os critérios adotados por cada uma delas, para que possamos então perceber sua ligação com determinados pontos do Código Penal brasileiro.

A imputação objetiva não se trata de algo tão inovador e inédito, pois há traços evidentes da sua presença na nossa legislação. Sendo assim, alguns critérios de imputação objetiva são fundamentais para justificar a própria existência de certos crimes, bem como são essenciais para se atribuir responsabilidade penal, porém somente em hipóteses específicas, não devendo ser vulgarizado seu uso – sua aplicação deve ser restrita.

A teoria da imputação objetiva do resultado se situa na chamada estrutura funcionalista, desenvolvida na Alemanha. Mais do que delimitar um sistema jurídico com base em codificações ou institutos, visa a uma abordagem ampla, envolvendo um contexto social no qual se situa o Direito Penal, adotando critérios de política criminal para fundamentar a aplicação da norma e buscando operacionalizar o direito de acordo com determinadas funções essenciais – por exemplo, a de garantia –, que devem servir de norte para todo o sistema jurídico penal.

Atualmente, há dois modelos principais de funcionalismo em evidência na Alemanha, o primeiro elaborado por Claus Roxin, chamado de funcionalismo personalista, com fortes bases de política criminal, e fundamentado na análise de qual significado se deve dar ao tipo penal para que sua aplicação fundamente-se nas funções do Direito Penal e em critérios valorativos-sociais ligados aos princípios constitucionais norteadores.

No modelo desenvolvido por Roxin, ação juridicamente relevante é aquela

que traduz uma manifestação da personalidade do autor, ou seja, a exteriorização da personalidade humana. A conduta é analisada de acordo com a realidade da vida, em uma esfera pré-jurídica, não sendo simplesmente naturalista (causar modificação exterior) nem simplesmente finalista (manifestação de uma vontade voltada para um fim). Numa análise do conteúdo deste conceito de ação, percebe-se na simplicidade da expressão “manifestação da personalidade” a maior qualidade e ao mesmo tempo o maior defeito desta estrutura teórica.

Embora este seja um conceito amplo e geral para delimitar a relação entre as emoções, pensamentos e reflexões íntimas do ser humano, algo que sem dúvida faz parte da realização de condutas, parece não se preocupar em determinar que tudo isso se expressa e se materializa na conduta quase sempre por meio dos desígnios, das intenções e dos objetivos pessoais específicos em cada caso concreto, paradigma há muito estabelecido e descrito pela teoria finalista.

Um dos maiores problemas do conceito personalista de ação é a própria determinação dos limites do conceito de personalidade, pois quando ele se refere a manifestações conscientes da personalidade após reflexão, mesmo que influenciadas por emoções, não acrescenta nada ao já transcrito modelo finalista (realização de atividade final). Quando ultrapassa este limite, torna-se ainda mais inadequado, pois pelo estudo da psicanálise, para definir as manifestações psíquicas do ser humano, percebe-se que a manifestação da personalidade pode ocorrer muito além daquilo que o agente deseja conscientemente fazer, considerando que “a manifestação da personalidade parece transcender os limites do ego, como personalidade consciente, para incluir fenômenos do id e do superego, dimensões inconscientes da personalidade, cujas manifestações definem conflitos humanos incontroláveis” (SANTOS, 2004).

No que tange à delimitação da omissão, só será possível trabalhar com o conceito de manifestação da personalidade quando for utilizado o critério da não realização da ação esperada, ou seja, a ação que a sociedade e o ordenamento jurídico determinam em certas hipóteses para garantir a segurança de bens jurídicos específicos – o que talvez possa direcionar o foco dogmático para afastar a ideia de omissão como um aspecto puramente humano e natural, equívoco do conceito causalista e finalista, para uma esfera valorativa e pré-jurídica, na qual omissão seja mais que “não ação” e sim a não realização de uma ação valorativamente desejada pela ordem jurídica e social (TAVARES, 1996).

De toda forma, não há grandes diferenças ou inovações no aspecto prático do

tratamento da omissão, pois ela continua a ser tratada como a consciente não atuação corporal vinculada a um dever jurídico de agir; logo, assim como na estrutura finalista, se a pessoa inconsciente ou por meio de atos involuntários não pratica ação, tampouco poderá se omitir, permanece intacto algo que independe de adotar-se ou não o aspecto de manifestação da personalidade.

O segundo modelo é chamado de Funcionalismo da Evitabilidade Pessoal, desenvolvido por Gunther Jakobs e que tem como fundamento uma análise vinculada aos aspectos sociais, ou melhor, o fato típico deve estar ligado à intolerabilidade social de uma conduta praticada. A ação se desvincula exclusivamente do ser humano e passa a ser descrita como parte da teoria da imputação.

Embora este critério adote o modelo de Mayer, em que a tipicidade é indício da ilicitude, é inegável a relação de proximidade que deve haver entre estes dois elementos para a compreensão do injusto típico, na visão de Jakobs. É óbvio que um critério fundamentado na intolerância social da conduta impõe que esta conduta não esteja autorizada pelo ordenamento, ou seja, é necessário que esta conduta esteja atrelada ao juízo de antijuridicidade para ser penalmente relevante.

Desta forma, de acordo com o modelo de Gunther Jakobs, “o injusto não pode ser compreendido isoladamente como pensavam os causalistas, mas pelo confronto entre tipicidade e antijuridicidade”, pois somente assim seria possível, como foi dito, atestar a mencionada “intolerabilidade social”, fundamentadora da relevância da conduta no modelo em análise (TAVARES, 2002).

Mais uma vez parece inquestionável o fato de que, mesmo de uma forma velada, a dogmática jurídico-penal volta a traçar paralelos com a tão debatida e instigante Teoria dos Elementos Negativos do Tipo.

Embora os sistemas não se confundam e a proposta de Jakobs esteja situada no modelo de Mayer, percebe-se que, com o conceito de intolerabilidade social da conduta típica praticada, a ilicitude volta a ser vista muito mais interligada ao conceito de tipicidade, algo muito próximo do conceito de tipo total de injusto de Mezger e depois de Wessels e Jescheck, por intermédio da Teoria dos Elementos Negativos do Tipo.

Na verdade, a interligação entre os conceitos de tipicidade e ilicitude parece ser fundamental para entender a estrutura de Jakobs, já que intolerabilidade social da conduta e a sua antijuridicidade são conceitos indissociáveis. Entretanto, essa ligação intrínseca também já ocorreu na conhecida Teoria da

Tipicidade Conglobante, de Zaffaroni, e assim como no modelo de Jakobs a inter-relação direta entre o fato típico e ilícito é disfarçada, quase que oculta; a verdade é que tanto um modelo quanto outro possuem bases muito próximas da Teoria dos Elementos Negativos, única que nega expressamente a fórmula de Mayer e assume a unificação entre tipicidade e ilicitude em um conceito singular.

Críticas à parte, passemos à análise dos critérios de imputação objetiva de acordo com os modelos desenvolvidos por Claus Roxin e por Gunther Jakobs, bem como de suas formas de aplicação, para que, posteriormente, possamos reconhecer seus indícios em nosso ordenamento jurídico e legislação.

A imputação objetiva do resultado, como uma teoria causal de atribuição de resultado, considera que a causalidade natural aferida pela Teoria da Equivalência das Condições deve ser apenas a condição mínima para se imputar um fato a alguém, devendo-se analisar também a relevância jurídica entre a conduta do sujeito e o resultado, para que se possa atribuir o resultado ao sujeito como *obra sua*, fundamentando assim sua responsabilização individual pela lesão de um bem jurídico tutelado.

Sendo assim, a imputação objetiva não deve ser considerada um critério de imputação de resultados, mas, sim, um critério para a não imputação de um resultado como fator limitador da causalidade natural, restringindo a atribuição do resultado por meio de critérios objetivos que consigam ir além da relação natural de causa e efeito.

Logo, a preocupação deixa de ser somente se o sujeito agiu com dolo ou com culpa no caso concreto, dando causa a uma lesão jurídica, mas transfere-se esta análise para um momento anterior para se aferir se o resultado previsto objetivamente no tipo e realizado pode ou não ser imputado, atribuído ao autor como obra sua. Com isso, separa-se claramente a análise de uma imputação objetiva e subjetiva do fato típico praticado.

Em suma, a finalidade e a essência da imputação objetiva são limitar a Teoria da Equivalência dos Antecedentes, não mais restringindo a imputação penal somente a uma causalidade natural, mas também a uma causalidade normativa, exigindo assim que, além de o resultado ter sido causado pelo agente, seja preciso avaliar a possibilidade jurídica e objetiva de que este resultado lhe seja juridicamente atribuído, para que só então haja responsabilização.

A estrutura desenvolvida por Claus Roxin para a imputação objetiva fundamenta-se no critério do risco, impedindo a imputação do resultado em

determinadas hipóteses nas quais a conduta não viola a esfera de proteção visada e tida como finalidade da norma jurídica e do próprio ordenamento, baseando-se para isto na análise do aumento ou diminuição do risco de lesão a bens jurídicos por meio de determinada conduta (ROXIN, 1997).

De uma forma geral, Roxin divide os critérios de imputação objetiva em dois grandes grupos: primeiro, na ausência de risco de ocorrência do resultado; e segundo, no resultado não ser produto do risco criado pelo agente na sua conduta. Estes dois grupos se dividem em algumas hipóteses. Na maioria das vezes, muitas delas podem ser resolvidas dentro da estrutura finalista da ação e da própria teoria da *conditio sine qua non*, como veremos, embora seja inegável sua utilidade em algumas situações específicas.

No primeiro grupo está o critério da não criação de um risco juridicamente relevante como no clássico exemplo do agente que, querendo a morte de seu desafeto, compra-lhe uma passagem de avião para uma rota perigosa na esperança de que sofra um acidente – se o avião cair, o resultado não pode ser imputado ao agente, embora haja dolo e uma relação de causalidade natural perfeita, pois o risco criado não foi juridicamente relevante.

Esta hipótese, embora pareça insolúvel para a Teoria das Condições, na estrutura finalista da ação poderia ser facilmente resolvida, sem a necessidade da imputação objetiva, com base nos critérios para delimitação de autoria, seja no critério objetivo formal, seja no critério do domínio final do fato; neste caso, o agente não será considerado autor e, portanto, não poderá responder pelo resultado.

Pelo critério objetivo formal, o agente, por não ter praticado a conduta típica, não é autor, não podendo também ser assim considerado pelo critério do domínio final do fato, pois nesta hipótese não possui as “rédeas da situação”, conforme definiu Welzel, ou seja, por não deter controle do desdobramento causal dos fatos também não poderia ser considerado autor e consequentemente não poderia ser imputado do resultado alcançado.

Ainda no primeiro grupo encontra-se o critério da diminuição do risco pela conduta do autor, como no exemplo do indivíduo que, vendo uma viga de madeira na iminência de atingir letalmente alguém na cabeça, empurra-lhe, fazendo-o cair e quebrar o braço. Sendo assim, não poderá se imputar ao agente a lesão corporal causada, já que diminuiu o risco de vida preexistente para a vítima.

Embora pela causalidade natural e pelo dolo fosse inegável a responsabi-

lização do agente pela lesão corporal, esta hipótese não carece da imputação objetiva para ser solucionada, pois se trata de uma clássica situação de exclusão de ilicitude pelo estado de necessidade, ou mesmo por um implícito consentimento do ofendido. Parece que o único mérito da imputação objetiva, nestas hipóteses de substituição de um perigo por outro menor, é antecipar a análise da situação para o âmbito da tipicidade, algo que chama a atenção mais uma vez para a tênue linha que separa alguns aspectos desta estrutura da mencionada Teoria dos Elementos Negativos do Tipo.

Com base no segundo grupo, encontra-se a hipótese chamada de risco não realizado no resultado, que ocorre por um desvio causal cujo resultado é produzido de modo inesperado, anômalo – não pode ser imputado ao autor, pois se o risco criado não se realiza no resultado, este resultado não pode ser considerado obra dele e, por isso, não lhe deve ser imputado (p. ex.: “A” fere “B” com dolo de homicídio, que morre no hospital por incêndio ou em um acidente de ambulância a caminho do hospital).

Aqui se percebe que a própria teoria da *conditio sine qua non* seria suficiente para solucionar o problema, pois esta é a hipótese chamada de causa superveniente, relativamente independente, sem relação de homogeneidade ou, como prefere a lei, que por si só produziu o resultado. Portanto, como a morte no incêndio ou no acidente de ambulância não é um desdobramento fático normal da conduta praticada, ou seja, não é um produto dos ferimentos ocasionados pelo autor, este somente poderá responder pela tentativa de homicídio, não lhe sendo imputado o resultado morte.

Ainda no segundo grupo enquadra-se a situação em que a conduta do autor não aumenta ou incrementa o risco do resultado, pois, independentemente do que tenha feito o autor, o resultado se produziria de qualquer forma. Trata-se do exemplo do dono de uma fábrica que não fornece a seu operário o capacete de proteção e, durante um dia de trabalho, uma viga de metal cai na cabeça e mata o funcionário.

Porém, considerando o peso da viga, mesmo que o operário estivesse de capacete teria morrido; neste caso não se pode imputar o dono da fábrica pela negligência, pois esta não incrementou o risco do resultado.

O critério acima é, sem dúvida, voltado principalmente para os crimes omissivos e com aplicação destinada a condutas culposas, pois em uma hipótese de dolo seria fácil afastar a imputação por ausência do elemento subjetivo na conduta omissiva.

Porém, ainda é possível resolver esta questão sem a imputação objetiva simplesmente com uma análise cuidadosa da relação de causalidade que, nos crimes culposos, deve ser vista de forma diferente.

A conduta culposa, de forma simplificada, deve conter pelo menos três elementos, quais sejam: falta do dever de cuidado, previsibilidade do resultado e nexo causal. Porém, não se pode esquecer que este nexo causal não se resume à conduta e ao resultado, mas engloba a própria causalidade inerente à falta de cuidado, sendo que neste ponto o problema se soluciona.

Ou seja, se o resultado, embora materialmente tenha ligação de causa e efeito com a conduta omissiva do agente, por outro lado não possui ligação com sua falta de cuidado. Logo, falta o que escolhemos chamar de *nexo causal culposo*, não podendo o resultado ser imputado ao autor.

Em suma, o desleixo do dono da fábrica em relação ao material de segurança não possui nexo causal com o resultado, tendo havido somente uma aparente ligação entre o resultado e a conduta omissiva do empregador, pois não foi devido à falta deste material que ocorreu o resultado fatal.

Portanto, esta morte não poderá ser atribuída ao autor, nem mesmo a título de culpa, por ausência total do *nexo causal culposo* entre a conduta negligente de não fornecer o material de segurança e o resultado ocasionado pela viga de metal, tornando assim despicienda a utilização da imputação objetiva nestas hipóteses para afastar a imputação do resultado ao agente.

O último critério delimitador da imputação objetiva do resultado trazido pela ótica de Claus Roxin aborda as hipóteses em que o resultado está fora da esfera, do âmbito de proteção da norma, sendo irrelevante, portanto, se a conduta do agente com base em uma análise da causalidade natural tenha colaborado de certa forma para a ocorrência do resultado.

Conforme este critério se dá a situação em que a mãe da vítima de um atropelamento tem um colapso cardíaco ao saber da notícia da morte de seu filho e acaba morrendo, ou ainda quando a vítima de um crime de estupro, dias depois, mata-se devido ao trauma sofrido pela conduta do agente. Por se tratar de dois resultados que estão fora do âmbito de proteção das normas de homicídio culposo no trânsito e do crime de estupro praticados, os autores destas condutas não poderão ser responsabilizados por estes resultados subjacentes.

Mais uma vez percebe-se que, embora a constatação feita pelo critério da imputação objetiva esteja perfeitamente correta, não seria necessária a utilização deste critério para que se resolvesse a situação da mesma forma, e isso sem a

necessidade de utilizar artifícios e manobras teóricas para tanto.

Fica evidente que na própria estrutura finalista da ação, por meio da utilização do princípio da culpabilidade, pedra fundamental do Direito Penal finalista, o problema estaria facilmente resolvido em favor da não imputação destes outros resultados, verdadeiros efeitos colaterais da conduta inicial do autor (RODRIGUES, 2010).

Com uma breve análise dos fatos percebe-se que o infarto da mãe ou o suicídio da vítima do estupro não possuem vínculo com as condutas lesivas dos agentes do homicídio culposo ou do estupro, sendo possível constatar que em ambos os casos o problema se resolve pela ausência de dolo ou culpa em relação aos resultados secundários ocorridos.

Em nenhum dos casos houve, por parte do autor, a intenção de produzir tais resultados, nem mesmo se pode dizer que houve culpa por parte deles, por ser evidente a total falta de previsibilidade destes resultados no momento da conduta criminosa originária praticada.

Logo, com base no princípio da culpabilidade, pelo qual não há crime sem culpa, ou seja, só há crime se o agente tiver praticado sua conduta com dolo, intenção, ou com culpa, falta de cuidado, nestas hipóteses tratadas pela imputação objetiva como resultado fora da esfera de proteção da norma, não há crime pela simples constatação de não haver dolo ou culpa na conduta do autor em relação aos resultados em questão.

Obviamente, o que poderia ser dito em favor da utilização da imputação objetiva em alguns dos casos tratados acima é que, por meio dela, estar-se-ia fazendo uma antecipação do momento de análise dos fatos, buscando solucionar as questões em uma etapa pré-típica, e, desta forma, diminuindo os riscos de uma abordagem fundamentada em elementos subjetivos como o dolo e a previsibilidade ou não do resultado (fator caracterizador da conduta culposa) que nos moldes da estrutura finalista pode gerar juízos de valor imprecisos, tendenciosos e, acima de tudo, por demais subjetivos e que ocasionam uma defenestrada e temida insegurança jurídica.

Realmente, parece ser este o grande fator motivador da evolução e aplicação da imputação objetiva, qual seja, diminuir os riscos do subjetivismo exacerbado das análises finalistas de dolo e culpa, antecipando algumas constatações e vertendo sua análise para parâmetros e critérios mais objetivos e precisos, capazes de aumentar a segurança jurídica.

Limitando-se a causalidade natural objetivamente, como o próprio nome

“imputação objetiva” sugere, reduz-se a função de constatação da tipicidade de uma conduta somente para hipóteses em que realmente haja alguma utilidade e funcionalidade para a atuação do Direito Penal, restringindo a estes casos mais específicos a incidência do juízo da subjetividade da conduta para se atribuir ou não o resultado causado – algo que, sem dúvida, atende de forma mais satisfatória as modernas tendências de política criminal.

Mesmo com todos estes argumentos, ainda causa tanto alarde e mistério em torno da imputação objetiva, assim como causa estranheza sua função implícita, qual seja, esvaziar a abordagem da tipicidade, pois ao que parece a tendência atual tem sido, por meio do estudo e da valorização de algumas teorias já há bastante tempo desenvolvidas, cada vez mais dilatar o âmbito de atuação do fato típico e sua importância para a estrutura do delito, agregando elementos para dentro da sua estrutura como faz a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo de Wessels e Jescheck ou ainda a badalada Teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni, algo que, ao menos em termos de fundamentos, parece se contrapor à “ideologia” intrínseca da imputação objetiva (PIERANGELI, 1999).

Como foi dito, passaremos agora a uma breve abordagem sobre a estrutura e os critérios de imputação objetiva delineados pelo professor Gunther Jakobs, outro grande mestre do Direito Penal alemão, que, diferentemente de Roxin, fundamenta sua estrutura teórica naquilo que chama de Teoria da Evitabilidade Pessoal para definir os chamados “papéis sociais” que cada indivíduo deve cumprir na sociedade, criando a ideia de subsistemas na sociedade, sendo que cada grupo possui funções previamente delimitadas, para então de acordo com essas funções criar critérios objetivos e limitadores da imputação de resultados e da própria causalidade natural.

De acordo com a estrutura de Jakobs, deve-se dar ênfase à imputação do comportamento do autor de acordo com o papel que ele desenvolve na vida em sociedade, prevendo que a violação de seu papel ou sua administração de forma errada o levará a responder juridicamente. Na maioria dos fatos dolosos, a violação do papel por parte do agente muitas vezes fica evidente e não precisa de explicação, mas nos delitos culposos a situação é mais complicada e merece uma delimitação mais apurada (JAKOBS, 2000).

Com tudo isso se conclui que, se foi a vítima quem violou seu próprio papel social, deverá assumir o prejuízo por si mesma, não se imputando o resultado ao autor. Assim como se em determinada hipótese todos tiverem se comportado conforme seu papel, o resultado causado deve ser visto como fruto de uma

fatalidade, não devendo ser atribuído a ninguém, mesmo que se constate ter havido causalidade natural entre a conduta do agente e o resultado ocorrido.

O primeiro critério delimitado por Jakobs é o do risco permitido, pelo qual afirma-se que certos contatos e atividades sociais são perigosos, sendo necessários e admitidos para a perpetuação da vida em sociedade. E se o agente se mantiver dentro do seu papel social, mesmo que a conduta crie um risco e ocasione um resultado, este será atribuído ao acaso, pois se trata de um risco permitido inerente às práticas comuns da vida cotidiana.

Desta forma quando alguém, dirigindo numa velocidade permitida, derrapa na chuva e disto decorre um acidente no qual morre uma pessoa, não se deve atribuir este resultado ao agente, pois se ele não violou seu papel e atuou dentro dos limites estabelecidos, não se pode negar a existência do risco de ocorrer um acidente em um dia de chuva. Isto é aceito pelo ordenamento jurídico, sendo que o resultado (morte) não deverá ser atribuído a ninguém.

Entretanto, não há necessidade de se trabalhar com a imputação objetiva para solucionar esta questão, pois basta analisar a conduta do agente para se perceber que, se o autor estava atuando dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento, não houve falta de cuidado e, portanto, não há culpa, afastando-se assim também a existência do crime.

Fica claro que, mais uma vez, a única vantagem de usar o critério da Imputação Objetiva do Resultado é reduzir o subjetivismo no momento em que o julgador tiver que avaliar se o sujeito agiu com culpa ou não, ou seja, no momento de delimitar se houve ou não falta de cuidado e se desta forma o resultado era ou não previsível, algo que, em determinados casos, poderia levar a decisões perigosas e imprecisas e que não ocorreria com base em um critério exclusivamente objetivo.

O segundo critério fundamenta-se no princípio da confiança, ou seja: pessoas que vivem em sociedade precisam confiar umas nas outras, acreditando que cada uma cumprirá seu papel dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, evitando assim que ocorram danos – já que, com o avanço da tecnologia, as atividades estão ficando cada vez mais perigosas. Logo, não se imputará o resultado àquele que age confiando que o outro, cumprindo seu papel, manter-se-á dentro dos limites de risco permitido das condutas inerentes à vida em sociedade.

O princípio da confiança possui grande aplicação no que tange às condutas no trânsito, embora também possa ser aplicado nas mais diversas hipóteses,

servindo como base para garantir a tranquilidade e segurança na vida moderna.

Como exemplo do princípio da confiança, podemos mencionar a hipótese do indivíduo que, vendo o sinal de trânsito verde, passa direto por um cruzamento perigoso, causando um acidente e matando uma pessoa, ou ainda do médico que confia em seu instrumentador e, durante uma cirurgia, por utilizar sem conferir um instrumento errado, causa lesão corporal em seu paciente.

Em ambas as situações não seria necessário utilizar a imputação objetiva para evitar que o agente responda pelo fato, pois aqui também fica nítido que não houve falta de cuidado por parte do autor ou previsibilidade do resultado. Portanto nem o motorista, nem o médico agem com culpa nas duas hipóteses apresentadas e por isso não devem responder pelo fato.

A proibição de regresso é o terceiro critério listado por Jakobs para descrever a imputação objetiva e tem como propósito limitar, travar o processo de eliminação hipotética fundamentador da causalidade natural e base da Teoria da Equivalência dos Antecedentes (*conditio sine qua non*) utilizada hoje no Brasil.

A diferença é que, no finalismo, o que limita o processo de eliminação hipotética, evitando o regresso *ad infinitum*, é a análise do dolo e da culpa vinculados à conduta do agente, e na estrutura de Jakobs fundamenta-se a proibição de regresso naquele que age dentro de seu papel social, independentemente de ter praticado a conduta com dolo ou não, pois se trata, como já foi mencionado, de um critério de imputação objetiva em uma esfera pré-típica.

Este parece ser um dos poucos critérios que não encontra parâmetros na estrutura finalista e em que a imputação objetiva realmente se destaca como um complemento necessário à estrutura vigente. Trata-se da hipótese do taxista que, sabendo do propósito assassino de um agente, conduz-no até o local do crime, ou ainda do padeiro que vende um pão para um cliente, sabendo da intenção deste último de envenenar alguém.

Afirma Jakobs que fatos cotidianos estão à disposição do autor e, se o agente se recusasse a agir, isso não impediria o resultado, pois outro poderia suprir normalmente sua demanda; além disso, o agente, atuando em seu papel, não pode ser imputado pelo resultado nem mesmo como partícipe, mesmo que saiba das intenções do autor, já que realizou estritamente sua tarefa, atuando de acordo com a função que lhe foi atribuída pelo próprio ordenamento jurídico.

Poder-se-ia alegar que nestas hipóteses o agente não tem dolo de colaborar para o fato de terceiro, pressuposto necessário para que haja participação, mas

tão somente tem a intenção de cumprir seu papel, sua função, sua obrigação profissional. Isto seria caminhar para uma valoração do dolo – algo inconcebível, pois sabemos que desde a separação da consciência da ilicitude o dolo vem sendo tratado como valorativamente neutro, ou seja, um dolo natural, que configura a vontade de praticar a conduta descrita no tipo, sendo partícipe aquele que, sabendo o que faz, colabora de alguma forma para a prática de uma conduta.

Desta forma, a proibição de regresso, limitadora do processo de eliminação de Thyrén, presente no finalismo e de bases exclusivamente subjetivas, em nada se parece com o critério utilizado por Jakobs para limitar a causalidade natural nas condutas daqueles que estão cumprindo seu papel junto à sociedade, merecendo assim tratamento especial. Sob a ótica do referido finalismo, estas hipóteses restariam tratadas insatisfatoriamente, o que aumenta a importância da imputação objetiva nestas hipóteses.

Finalmente, o último fator delimitador da imputação objetiva por Jakobs é o que se chama de competência ou capacidade exclusiva da vítima, sendo que este critério se divide em duas hipóteses: a primeira vinculada ao consentimento do ofendido que, como se sabe, pode afastar a ilicitude ou a tipicidade, dependendo do fato a ser praticado – e até aí não há nenhuma novidade em relação ao modelo antigo; e a segunda vinculada às chamadas ações do próprio risco ou arriscadas da própria vítima, ou seja, referentes à prática de atividades de alto risco em que a própria vítima se coloca em situação de autoexposição ao perigo.

Este último critério está diretamente vinculado às condutas omissivas, pois se relaciona com a criação de uma situação de perigo e com o papel de garantidor que poderia surgir deste fato. Porém, como este perigo é criado pela própria vítima, que se expõe voluntariamente a ele, não se deve imputar o resultado ao suposto agente garantidor que não evita o resultado.

Trata-se da situação de quem pratica esportes radicais e sofre um acidente. Logo, o resultado não poderá ser atribuído ao instrutor que tenha agido no limite de suas capacidades, pois a própria vítima estaria se colocando em uma espécie de posição de “garantidora de si mesma”, afastando-se a responsabilidade de qualquer outro. Também poderíamos imaginar a situação do carona que se nega a usar o cinto de segurança e vem a sofrer um acidente. Nesta hipótese, se o motorista não incrementou o risco de ocorrência do resultado com a sua conduta, não poderá ser imputado pelo resultado.

Aqui a delimitação do critério para a imputação objetiva se faz menos

necessária ainda, pois com a simples análise da conduta omissiva, com base na primeira hipótese, percebe-se que não seria possível imputar o agente pelo resultado.

Para que haja omissão é pressuposto básico o agente garantidor deixar de cumprir seu dever específico de agir e, neste caso, claramente o resultado decorrer somente de um perigo inerente à própria atividade em si, não havendo por parte do agente nenhuma omissão, já que se considera que sua ação esteja de acordo com suas próprias possibilidades. Além do mais, sabe-se que o limite da omissão é o limite do possível, ou seja, da possibilidade concreta de ação pelo garantidor na situação concreta.

Então, mesmo antes da análise do dolo e da culpa e mesmo fora dos critérios de imputação objetiva, é possível definir se o autor vai ou não responder pelo fato praticado. Logo, a função de evitar os subjetivismos aqui cai por terra e a teoria da imputação objetiva fica mais uma vez, embora inegavelmente correta, absurdamente supérflua.

Finalmente, após esta breve explanação crítica dos diferentes critérios da imputação objetiva, nas vertentes de Claus Roxin e de Gunther Jakobs, vamos investigar vestígios e indícios da imputação objetiva em nossa legislação, algo que, embora ocorra de forma velada, parece ser evidente pelo menos no que se refere aos fundamentos justificantes da relação de causalidade em alguns crimes específicos, previstos na parte especial, e também no que tange a alguns aspectos da causalidade, de forma ampla, presentes na parte geral do nosso Código Penal.

Como vimos, a relação de causalidade em nossa legislação vem definida nos termos do art. 13 do Código Penal, que transcreve em seu *caput* a mencionada teoria da *conditio sine qua non* para delimitar que causa é toda condição sem a qual o resultado não teria ocorrido e que para nós deixa implícito o termo “da mesma forma como ocorreu” para possibilitar uma análise mais sólida e precisa.[1]

Entretanto, no § 2º do referido artigo vêm definidos os critérios para delimitação da figura do garantidor, ou seja, aquele que possui o dever jurídico específico de agir e que poderá responder pelo resultado na hipótese de uma omissão, por meio do que se chama de crime omissivo impróprio, ou comissivo por omissão.

Na verdade, justamente no terceiro item (letra *c*) do § 2º do art. 13 é que aparece o trecho “criou o risco da ocorrência do resultado” para delimitar a caracterização da função de garantidor e determinar a relação de causalidade na

omissão para estas hipóteses, sendo um primeiro indício da utilização dos critérios de imputação objetiva para justificar a imputação do resultado ao autor de uma omissão imprópria.

Sem querer adentrar na complexa discussão da relação de causalidade nos crimes omissivos, um esclarecimento se faz necessário sobre este tema, mesmo que de forma simplificada: é que na verdade não existe uma relação de causalidade direta nas condutas omissivas, pois o não fazer algo não pode dar causa direta a nada. Obviamente, seria um contrassenso crer que a inércia de determinado agente seria capaz de gerar alguma modificação concreta no mundo fático.

Porém, nas bases da adotada teoria da *conditio sine qua non*, a causalidade omissiva se explica quando determinado agente (garantidor) poderia ter agido para evitar o resultado e não o fez. Sua inércia também foi, assim como outros fatores, uma condição essencial para a ocorrência do resultado, e, como todas as condições necessárias se equivalem a uma causa (equivalência dos antecedentes), o seu não agir é tratado como causa do resultado que, portanto, deverá ser imputado a este agente.

A partir deste ponto percebemos que a escolha, feita pelo legislador, daqueles que devem agir para evitar o resultado, chamados de garantidor, no que se refere às letras *a* e *b* do § 2º do art. 13, segue uma lógica tangível e positiva, pois se fundamenta em uma relação pessoal entre o agente e a vítima, ou numa relação contratual, funcional ou ainda oriunda de um acordo de vontades para gerar uma obrigação legal de agir.

Por outro lado, o terceiro item do mencionado artigo afirma ser obrigado a agir aquele que com seu comportamento anterior criou o risco de ocorrência do resultado. Isto ocorre, saliente-se, independentemente de ter agido com dolo ou culpa na criação deste risco, pois não estamos na esfera da conduta penalmente relevante limitada pelo princípio da culpabilidade, mas sim em uma etapa pré-típica de adequação de responsabilidade, notadamente delimitada pelo legislador objetivamente para garantir a segurança jurídica, algo destarte muito semelhante à ideologia fundamentadora dos critérios de imputação objetiva na ótica moderna.

O ponto nevrálgico do problema reside no fato de que somente com base em um critério fundamentado na criação de um risco não permitido se torna possível, objetivamente, considerar garantidor e obrigado a agir alguém que com um comportamento prévio tenha gerado determinada situação de perigo, mesmo

que esta conduta, anterior à omissão relevante, tenha sido estéril de dolo ou culpa, pois estes dois elementos estarão vinculados, de acordo com a lógica finalista, somente a posterior não atuação do autor para impedir o resultado, sob pena de uma responsabilização objetiva deveras afastada de nosso ordenamento.

Embora seja evidente a ligação entre a estrutura da causalidade omissiva prevista em nossa legislação (art. 13, § 2º, *c*) e os critérios de imputação objetiva, principalmente no que se refere aos critérios desenvolvidos com base no incremento do risco por Claus Roxin, algo que chama a atenção é a inversão de sua utilidade em relação à correlação que estamos estabelecendo com a legislação pátria.

Modernamente, como já dissemos, a imputação objetiva vem sendo usada como um critério negativo, ou seja, de não imputação do resultado por meio de parâmetros objetivos limitadores da causalidade natural. Já na determinação da função de garantidor, o critério da criação do risco não permitido que se realiza no resultado está sendo utilizado para justificar e viabilizar a responsabilização do agente pelo resultado em uma conduta omissiva posterior.

Uma coisa é certa: se os modernos critérios delimitadores da relação de causalidade, hoje chamados de "imputação objetiva", estão com sua nomenclatura invertida em relação à sua utilidade, pois deveriam ter o nome de "não imputação objetiva do resultado", em nosso vetusto Código Penal o termo "imputação objetiva" parece ter perfeita adequação à sua função, qual seja, de imputar objetivamente a alguém a função de garantidor pela criação do risco de ocorrência do resultado, o que tornará possível sua posterior responsabilização em uma conduta omissiva.

1 Semelhante posicionamento na doutrina nacional possuem Rogério Greco, Juarez Cirino dos Santos, Cezar Roberto Bitencourt, Luiz Regis Prado, entre outros.

Capítulo 6

Iter Criminis

É o caminho do crime, o percurso do crime, as etapas de realização do crime doloso, sendo que dentre estas etapas algumas são obrigatórias, necessárias, e outras facultativas e eventuais. São quatro:

1. Cogitação

É a etapa psíquica (mental) de imaginar, pensar e elaborar a prática do crime. Trata-se de uma etapa obrigatória do crime doloso, que equivale ao conceito de premeditação. De acordo com a composição do dolo, que é formado pelo elemento cognitivo (conhecimento) e volitivo (vontade), para se ter dolo é preciso cogitar. É etapa absolutamente impunível, em função do princípio da lesividade (ou ofensividade), já que não ultrapassa a esfera do próprio agente, não afeta bem jurídico alheio.

2. Preparação (ou atos preparatórios)

É a etapa concreta em que o agente se prepara, se organiza, se instrumentaliza para realizar o crime, e, portanto, não ultrapassa o âmbito do próprio agente. Em função do princípio da lesividade, é também impunível, via de regra, por não entrar na esfera do bem jurídico alheio.

Exemplos: alugar imóvel para cativeiro/armazenamento do produto do crime, adquirir arma para cometer o crime.

Exceções: há exceções à impunibilidade dos atos preparatórios quando o legislador resolve tipificar, autonomamente, condutas que seriam de mera preparação, criando um novo crime e possibilitando sua punição. Exemplos: CP, art. 288: crime de formação de quadrilha; CP, art. 291: possuir petrechos para a falsificação de moeda; trata-se de etapa facultativa do *iter criminis*.

3. Execução (ou atos executórios)

Ocorre quando o agente dá início à realização do crime, interferindo na esfera do bem jurídico alheio e permitindo a intervenção do Direito Penal por meio, ao menos, da tentativa.

Trata-se de etapa obrigatória do *iter criminis*:

- *Critérios para delimitação do início da execução:* os critérios subjetivos foram abandonados pela doutrina e hoje a discussão se restringe a critérios objetivos. São eles:

1) *Critério objetivo formal (Beling):* o início da execução se dá com a concreta prática do verbo, ou seja, quando o agente realiza a conduta prevista no tipo penal, concretizando o fato.
2) *Critério objetivo material (Frank):* busca solucionar as falhas do critério anterior e antecipa o início de execução para o primeiro momento após a preparação, e considera que o importante é valorar o início de realização do fato, e não a concreta prática do verbo (causalismo valorativo, evolução do causalismo na Alemanha).
3) *Critério objetivo subjetivo – ou objetivo individual – (Weltzel):* é o critério majoritário na doutrina e na jurisprudência: oriundo do finalismo, afirma que o início da execução se dá no último momento antes da concreta prática do verbo núcleo do tipo penal, quando se demonstra de forma clara o elemento subjetivo, o dolo do agente. Na visão de Zaffaroni, quando se constata o início de realização do "plano criminoso do autor".

Exemplos: Disparo da arma de fogo, no homicídio/na lesão corporal; tocar no bem, no crime de furto.

4. Consumação

Dá-se quando o crime se completa, quando o agente realizou e alcançou tudo que o legislador considerou proibido, e para o qual se estabeleceu a sanção em abstrato, sendo que isto ocorre das seguintes formas:

1) Com a concreta produção do resultado naturalístico, previsto na lei, ou seja, quando se *materializa* uma lesão no mundo real (crimes materiais).
2) Com a completa realização da conduta ***formalmente*** proibida, independentemente da materialização, produção do resultado naturalístico que está previsto (crimes formais). Exemplo: CP, art. 159 (extorsão mediante sequestro).
3) Com a completa realização da *mera conduta* proibida, já que não há sequer a previsão de um resultado naturalístico (resultado natural, concreto). Exemplo: CP, art. 330 (crime de desobediência).

5. Exaurimento

Para a maioria da doutrina não é etapa do *iter criminis*, mas é apenas o

esgotamento do crime, ou seja, quando não há mais nada a ocorrer, sendo que, embora qualquer crime possa alcançar exaurimento, este só será relevante nos *crimes formais*, já que, nos crimes materiais e de mera conduta, o exaurimento coincide com a própria consumação por meio da produção do resultado ou da completa prática da conduta, respectivamente.

Nos crimes formais, a consumação se dá com a realização integral da conduta, e o exaurimento, com a eventual produção do resultado previsto.

- *Relevância do exaurimento:* para a dosimetria da pena (logo na primeira fase/pena base) e no concurso de pessoas, permitindo coautoria após a consumação, mas antes do exaurimento (BATISTA, 1999).

6. Tentativa (CP, art. 14, II e parágrafo único)

Ocorre quando o agente dá início ao ato executório, mas não chega à consumação que era pretendida e por isso esta não se dá por motivos alheios à sua vontade. Logo, trata-se de um *crime incompleto,* que terá sua pena incompleta, e, portanto, reduzida de um terço a dois terços.

Observação: natureza jurídica (conceito diferente de definição): o que é, o que representa, para o ramo do direito, aquele instituto.

6.1 Natureza jurídica da tentativa

Trata-se de *norma de extensão*, pois estende a aplicação do tipo consumado a quem só tentou. Por isso, é também uma *norma de adequação típica indireta*, pois, pela via do CP, art. 14, se adéqua a conduta de tentar ao modelo típico consumado, mas esta ***adequação típica é por subordinação mediata***, pois para que ocorra se vincula, subordina à diminuição de pena prevista no CP, art. 14, por isso é *causa de diminuição de pena.*

6.2 Espécies de tentativa

1) *Tentativa imperfeita (tentativa inacabada):* é aquela cuja execução está inacabada, imperfeita, ou seja, o agente inicia o ato executório e, por motivos alheios à sua vontade, não consegue completá-lo (ainda há o que realizar).
2) *Tentativa perfeita* (*tentativa acabada ou crime falho*)*:* é aquela em que o agente realiza todos os atos executórios, não havendo mais nada a realizar, porém o crime não se consuma, *o resultado não se produz*, por motivos alheios à sua vontade.

   Trata-se de modalidade de tentativa exclusivamente aplicada aos *crimes*

materiais, não sendo compatível com crimes formais (admitem a tentativa imperfeita) e de mera conduta (sequer admitem tentativa), já que nesses, ao se completarem os atos executórios, o crime estará consumado.

3) *Tentativa branca* (ou incruenta): é aquela que não gera "derramamento de sangue", ou seja, não produz qualquer resultado naturalístico. Exemplo: disparo equivocado com dolo de matar.
4) *Tentativa cruenta* (ou vermelha, termo incomum): é aquela que produz resultados concretos, naturalísticos, embora não se alcance a consumação. Exemplo: atirar, lesionar, mas não matar.

Observação: parte da doutrina utiliza também a classificação *tentativa qualificada* como sinônimo de *desistência voluntária*, que estudaremos a seguir.

Atenção: as modalidades de tentativa podem se inter-relacionar, por exemplo, tentativa acabada e cruenta; tentativa inacabada e cruenta; tentativa acabada e incruenta; tentativa inacabada e incruenta.

6.3 Infrações penais que não admitem a tentativa

1) *Crime culposo* (não há divergência na doutrina): em face da ausência de vontade, que é necessária para que se possa tentar algo e inerente ao crime doloso, não é possível se falar em tentativa (não se pode tentar aquilo que não se quer).

Exceção: a doutrina majoritariamente (não é unânime) afirma que, na culpa imprópria oriunda do erro de tipo permissível evitável, admite-se falar em tentativa de crime "culposo", já que este, em sua origem, é uma conduta dolosa impropriamente tratada como culposa, em razão do erro (CP, art. 20, § 1º).

2) *Crime preterdoloso* (preterdolo significa "além do dolo"): como neste crime a conduta é dolosa, mas o resultado mais grave acaba se produzindo por culpa, falta de cuidado, não há como se falar em tentativa de um resultado que não se quer. Exemplo: CP, art. 129, § 3º (lesão corporal seguida de morte).

Exceção (não é unânime na doutrina – Damásio de Jesus e Rogério Greco discordam): a maioria da doutrina admite a tentativa do aborto qualificado pela morte preterdolosa da gestante (CP, art. 127) quando o feto sobrevive, mas a gestante vem a falecer em decorrência das manobras abortivas e, portanto, em face da culpa.

3) *Crimes unissubsistentes:* são aqueles cuja conduta acontece de uma só vez, sendo, portanto, infracionável, indivisível e, por isso, ou ocorre por inteiro e

o crime se consuma, ou não há crime. Exemplo: crime de desobediência (CP, art. 330).

4) *Crimes de mera conduta:* embora haja divergência, a maioria considera que esta categoria não admite tentativa, pois por opção legislativa, via de regra, os crimes de mera conduta trazem condutas unissubsistentes, que não podem ser fracionadas. Exemplo: violação de domicílio (CP, art. 150).

5) *Omissivos próprios:* como nesses crimes *a própria lei prevê omissão* e a conduta omissiva é *unissubsistente*, não podendo gerar qualquer resultado naturalístico (*mera conduta*), são incompatíveis com a tentativa. Exemplo: omissão de socorro (CP, art. 135).

Atenção: nos crimes de *mera conduta* (acima) e nos *crimes omissivos próprios* há ***divergência*** na doutrina sobre a possibilidade ou não de tentativa.

6) *Crimes habituais*: para a maioria da doutrina nacional, a habitualidade precisa ser demonstrada objetivamente, por meio de uma reiterada prática de atos. Logo, ou o agente atuou várias vezes e o crime se consumou, ou não há crime com a prática esporádica do ato. Exemplos: exercício ilegal da medicina e curandeirismo (CP, arts. 282 e 284).

Há divergência (ROXIN, 2000 e ZAFFARONI, 2007) que entende que a habitualidade se demonstra no plano subjetivo, caracterizando um "delito de tendência" pela vontade de repetir o ato habitualmente, admitindo assim tentativa.

7) *Crimes de atentado*: quando o próprio legislador equipara a tentativa à consumação dentro do tipo penal. Logo, a conduta de tentar consuma o crime, afastando assim a diminuição de pena da tentativa. Exemplo: evasão mediante violência contra a pessoa (CP, art. 352).

8) *Contravenção* (ou *crime anão* ou *liliputiano*): por expressa previsão no art. 4º da LCP (Lei de Contravenções Penais), não se pune a tentativa de contravenção.

7. Desistência voluntária (art. 15, CP)

O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza (já fez tudo que tinha para fazer, o agente atua de forma eficaz para que não ocorra a consumação) só responde pelos atos já praticados.

Conceito: ocorre quando o agente dá início à execução e, quando ainda havia atos a realizar, desiste de prosseguir ou abandona esta execução em curso,

fazendo isto por sua própria escolha, ou seja, voluntariamente, quando podia prosseguir. (Este instituto abre a chance de o agente voltar atrás. O agente dá início aos atos de execução e, voluntariamente, desiste dessa execução.)

Utilidade: neste caso, afasta-se a tentativa do crime que o agente iniciou, tornando sua conduta atípica no que tange a ele, já que a consumação não se deu por sua própria escolha, e não por motivos alheios a sua vontade.

Nada impede, porém, que outros fatos que eventualmente tenham ocorrido no curso da realização dos fatos sejam imputados normalmente como crimes.

Exemplo: o agente resolve subtrair um rádio de um carro; ele quebra a janela do carro e nisso toca o celular do agente; ele atende e, após a conversa, a pedido da mãe retorna para casa, desistindo de subtrair o rádio.

Observação: a desistência voluntária não precisa ser espontânea e por isso pode ser motivada por fator externo, desde que o agente tenha a liberdade de escolha quanto a desistir ou prosseguir com a execução do crime A *desistência voluntária* também é conhecida como "Ponte de Ouro" (Frank), já que liga alguém que está dentro de um crime, realizando os atos executórios dele, de volta para a legalidade, possibilitando até que o agente não responda por nada caso não haja outro fato paralelo realizado.

Cuidado: nas provas, normalmente, encontramos a expressão "desistiu" para confundir o candidato. Na verdade, na maioria das vezes, é tentativa.

Dica: para identificar a diferença entre tentativa e desistência voluntária diante de um caso concreto, deve-se utilizar a fórmula de *Frank*:

- Se **posso** prosseguir e **não quero** – estou em **desistência**.
- Se **quero** prosseguir e **não posso** – haverá a **tentativa**.

Natureza jurídica: para a maioria da doutrina trata-se de uma causa de exclusão da tipicidade do fato iniciado pelo agente. Porém há entendimento minoritário (PRADO, 2002) afirmando se tratar de uma de exclusão da punibilidade daquele fato, pois nada impede que outros crimes sejam tipificados por meio da conduta praticada.

Quanto à comunicabilidade da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, há dois posicionamentos:

- *Primeiro posicionamento:* seguindo o entendimento de que a natureza jurídica dos institutos é de *causa de exclusão da tipicidade*, deve-se entender que uma vez atípico para o autor isso deve se *comunicar* para todos os participantes.
- *Segundo posicionamento:* considerando-se como *causa de exclusão da*

punibilidade do fato, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz seriam *incomunicáveis* e somente gerariam efeitos para o agente que atuou desistindo ou se arrependendo.

8. Arrependimento eficaz (art. 15, CP)

O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza só responde pelos atos já praticados.

Conceito: ocorre quando o agente inicia e completa todos os atos executórios, não havendo mais nada a realizar, porém atua eficazmente impedindo que ocorra a consumação *(já fez tudo que tinha para fazer, o agente atua de forma eficaz para que não ocorra a consumação).*

Consequência: afastar a tentativa. Da mesma forma que ocorre na desistência voluntária, a consumação deixou de ocorrer por escolha do próprio agente e por isso o arrependimento eficaz terá como consequência afastar a tentativa, imputando ao agente apenas fatos que porventura ele tenha realizado no curso da prática da conduta.

Exemplo: agente envenena o desafeto e, após terminar a execução, ministra o antídoto ou leva a vítima para o hospital, impedindo a consumação.

Observação: o *impedimento precisa ser eficaz;* se a vítima morrer, não se enquadrará no arrependimento eficaz, responderá por homicídio doloso.

Natureza jurídica: a mesma da desistência voluntária.

Comunicabilidade: o mesmo posicionamento da desistência voluntária.

Atenção: o arrependimento eficaz é incompatível com crimes formais e de mera conduta, já que neles, ao se completarem os atos executórios, automaticamente ocorre a consumação. Desta forma, pode-se afirmar que o *arrependimento eficaz* é um instituto *exclusivamente* voltado para *crimes materiais.*

É condição para o arrependimento eficaz que o crime não tenha se consumado.

Dica final: para identificar a diferença entre desistência voluntária e arrependimento eficaz, pode-se usar a seguinte frase:

Eu **desisto** apenas daquilo que **estou fazendo (desistência voluntária)** e me **arrependo** somente daquilo que **já fiz (arrependimento eficaz)**.

9. Arrependimento posterior (art. 16, CP)

Conceito: é aquele *posterior à consumação* do crime, em que, em razão de o prejuízo já ter sido causado, a única forma de arrependimento será a *reparação do dano, restituição da coisa.*

Como o crime está *consumado,* não há possibilidade de o agente deixar de responder pelo fato e por isso a consequência do arrependimento será apenas *uma redução da pena de 1/3 a 2/3* de acordo com os seguintes requisitos:

- Crimes sem violência ou grave ameaça a pessoa (são irreparáveis os crimes violentos).
- Deverá ser feito até o início do processo, ou seja, o recebimento da denúncia ou da queixa.

Natureza jurídica: causa de diminuição de pena.

Comunicabilidade: em razão da sua natureza de diminuição de pena, o *arrependimento posterior* é *incomunicável* e, para a maioria da doutrina, só poderá ser aplicado ao agente que efetivamente operar a reparação, caso contrário não alcançará coautores e partícipes do crime.

Divergência: é cabível a reparação parcial, ou somente a integral?

Dois posicionamentos:

1) *Primeira posição* (minoritária – voltada para as provas de MP): deverá ser integral, sendo que o ressarcimento parcial poderá gerar, no máximo, atenuante de pena (art. 65, III, *b*, CP). Seguindo essa posição, o único critério para estipular uma diminuição menor do que o máximo será o da proximidade ou distância com o termo final para o arrependimento (recebimento da denúncia). Fernando Capez é adepto a essa posição.
2) *Segunda posição* (majoritária): de acordo com recente posicionamento do *STF* e parte da doutrina, o ressarcimento poderá ser parcial desde que suficiente para caracterizar ressarcimento para a vítima (50% no mínimo). Em face das seguintes razões:
   a) Por política criminal restringir o instituto a reparação integral desestimularia o ressarcimento de quem não tivesse meios de reparar integralmente o prejuízo.
   b) Não há vedação expressa na lei para isso (reparação parcial), portanto não cabe interpretação para restringir benefício.
   c) A reparação parcial é o único critério razoável para justificar uma diminuição de pena diferente do máximo previsto em lei (2/3).

Observação: a lei não traz qualquer informação de reparação “parcial” ou “integral”.

10. Arrependimento atenuante (art. 65, III, *b*, CP)

Conceito: é instituto subsidiário aplicado somente quando não forem possíveis os demais em face de ausência de algum requisito, por isso é possível em crimes com violência ou grave ameaça e poderá ser feito a qualquer tempo desde que até a sentença condenatória.

Será aplicado na segunda fase da dosimetria, e seu limite máximo de diminuição, embora não haja previsão legal, será de 1/6 de acordo com a jurisprudência.

Observação: a diminuição do arrependimento posterior é equivalente à diminuição da tentativa (1/3 ou 2/3), já que ao reparar o dano o agente apaga o que deu causa a consumação e com isso é como se equiparasse a situação a uma tentativa.

11. Crime impossível (art. 17, CP)

Conceito: é aquele impossível de se consumar, embora o agente não saiba disso ao agir e, portanto, no crime impossível o dolo deverá estar perfeito, intacto, bem como o *iter criminis,* já que o agente cogita, prepara-se, inicia a execução, mas não chega à consumação já que esta é impossível de ocorrer diante da situação concreta.

Objetivamente, percebe-se que no *crime impossível* há uma **tentativa** que será chamada de *ineficaz, imprópria* para gerar o resultado e, por isso, reconhecida como uma *tentativa inidônea*, ou seja, que não merece crédito, confiança do Direito Penal, e que por isso não irá gerar crime.

A *tentativa inidônea* se dá de duas formas:

1) *Ineficácia absoluta do meio utilizado para realizar o crime:* exemplos: matar com arma desmuniciada; praticar aborto com aspirina; falsificação grosseira de moeda (R$ 3,50).
2) *Impropriedade absoluta do objeto a ser atingido, que irá sofrer o resultado:* exemplos: matar o morto; aborto da mulher não grávida.

Consequência: a tentativa inidônea, por ser totalmente incapaz de gerar resultado, ou seja, de lesionar o bem jurídico alheio, faz com que a consequência do crime impossível seja a atipicidade do fato.

Pergunta: Qual o fundamento da atipicidade do crime impossível?

R. Ausência de *potencial lesividade* que afetará a tipicidade material de forma semelhante como ocorre na insignificância e, com isso, na ausência de tipicidade material, assim como na ausência de tipicidade formal, o fato se torna atípico.

STF – Tipicidade = Tipicidade formal + Tipicidade material

(legalidade) (produz lesão)

Observação: a atipicidade no crime impossível será apenas referente ao crime específico que é impossível de se consumar e nada impede que outros crimes sejam imputados ao agente paralelamente, ou mesmo que um meio ineficaz para certos crimes seja eficaz para outros (p. ex.: arma de brinquedo para roubo).

11.1 Delimitação do crime impossível

A *teoria objetiva temperada* foi adotada pelo Código Penal e impõe que, para que haja crime impossível, a ineficácia do meio ou a impropriedade do objeto devem ser absolutas e, por isso, havendo qualquer chance, por menor que seja, de o crime se consumar, haverá tentativa comum, punível (meio ou objeto relativamente incapaz de sofrer ou produzir resultado).

Observações:

- De acordo com o STJ, via de regra, a tentativa de furto em lojas com sistema de câmera e vigilância será punida normalmente, não gerando crime impossível, pois sempre há uma pequena chance de ocorrer consumação.
- O *flagrante preparado* (ou *delito de ensaio por obra do agente provocador*), de acordo com o STF, caracteriza tentativa inidônea e crime impossível (Súmula 145, STF), já que tudo não passa de uma farsa montada pela autoridade para levar o agente a praticar o ato e seria impossível uma verdadeira consumação, embora o dolo esteja intacto, perfeito.

O agente tem dolo porque ele crê que vai conseguir, mas a consumação é impossível nestas hipóteses (fato atípico).

Capítulo 7

Teoria do Crime em Sentido Estrito

1. Tipicidade (fato típico)

Em seu aspecto *formal*, tipo penal é a descrição na lei da conduta humana proibida para a qual se estabelece uma sanção e que, agregado ao seu aspecto material, qual seja, violação de um bem jurídico alheio de forma significante, compõe o moderno conceito de tipicidade penal.

Como já vimos durante o estudo da insignificância, no seu aspecto *material*, a Tipicidade se traduz na lesão, ou mesmo perigo concreto de lesão, a um bem jurídico alheio e de forma significante.

O Código Penal por meio do finalismo adotou a Teoria Indiciária da Ilicitude (Mayer) (*ratio cognoscendi)*, pela qual tipicidade e ilicitude são elementos autônomos, mas a primeira é um indício da segunda e, portanto, todo fato típico tende a ser ilícito e será, salvo se estiver presente uma excludente de ilicitude (causa de justificação).

2. Teoria dos elementos negativos do tipo (Johannes Wessels)

Para esta instigante teoria, que não foi adotada em nosso ordenamento, a tipicidade e a ilicitude formam um elemento só, indivisível. Esta ideia se origina da chamada Teoria do Tipo Total de Injusto (Mezger) e visa a trabalhar tipicidade e ilicitude como um elemento indissociável para que, na presença de uma excludente de ilicitude, afaste-se a própria tipicidade do fato.

Para a *teoria dos elementos negativos do tipo*, o tipo penal é formado por elementos positivos, como na visão clássica (verbo + dolo + elementos objetivos), além de elementos negativos que exigem a não exclusão da ilicitude como requisito negativo de todos os tipos penais (p. ex.: homicídio = matar alguém não em excludente de ilicitude). Lembre-se que esta tese não foi adotada pelo Código Penal.

Observação: relembrando a *teoria da tipicidade conglobante* (ZAFFARONI,

2007):

- *Tipicidade penal* = Tipicidade formal + Tipicidade conglobante
- Tipicidade conglobante = Antinormatividade + Tipicidade Material (lesividade + insignificância)

a) Zaffaroni propõe que para um fato ser típico é preciso preencher a Tipicidade Formal (artigo da lei) e a Tipicidade Conglobante.

b Esta congloba, engloba a Antinormatividade (ser contrário ao fomento do ordenamento) e a Tipicidade Material (lesividade e insignificância).

Desta forma, propõe que o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito, por serem condutas fomentadas pelo ordenamento e não produzirem antinormatividade, afastem a própria tipicidade do fato, e não a ilicitude como manda o art. 23 do Código Penal.

A diferença básica entre a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo e a Tipicidade Conglobante é que a tese de Zaffaroni se fundamenta no paradigma finalista que separa tipicidade e ilicitude como elementos autônomos, seguindo a teoria indiciária (Mayer).

Porém, Zaffaroni reconhece que uma excludente de antijuridicidade ou ilicitude significa uma autorização, permissão do ordenamento para o agente atuar, o que ocorre no estado de necessidade e na legítima defesa.

Já o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito pressupõem um fomento, estímulo do ordenamento jurídico para o agente atuar, e devem ser vistos como causas de exclusão da própria tipicidade penal por ausência de antinormatividade e consequentemente ausência de tipicidade conglobante.

Sendo assim, legítima defesa e estado de necessidade continuam como causas de exclusão da ilicitude para a Teoria da Tipicidade Conglobante, enquanto para a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo são causas de exclusão da própria tipicidade, assim como as demais “excludentes de ilicitude”.

3. Elementos integrantes do tipo penal de acordo com o ordenamento brasileiro

3.1 Elementos objetivos

Verbo: traduz conduta que pode ser de ação ou omissão.

1) *Elementos descritivos*: são aqueles que apenas descrevem algo de forma imediata e que não precisam de conceitos prévios ou valorações específicas

(p. ex.: alguém, art. 121; coisa, art. 155).

2) *Elementos normativos*: aqueles que pressupõem normas que delimitem suas características, seus valores, para que sejam interpretados e aplicados. Dividem-se em: jurídicos, quando a norma provém do direito (p. ex.: funcionário público, art. 312), ou extrajurídicos, quando o conceito provém de outro ramo do saber (p. ex.: moléstia grave, moléstia venérea, arts. 130 e 131, CP).

Observação: boa parte da doutrina nacional, posição com a qual não concordamos, afirma que a tipicidade é elemento do fato típico, ou mesmo do tipo penal, somando-se aos demais já mencionados, por ser uma qualidade da conduta humana prevista dentro do tipo, o que faz com que a tipicidade também integre o tipo (por fazer parte da conduta).

3.2 Elemento subjetivo

3.2.1 Geral

Dolo, no finalismo, reconhecido como dolo natural, valorativamente neutro, sinônimo de intenção, finalidade, vontade de realizar os elementos objetivos de um tipo penal.

Já no causalismo, o dolo era elemento da culpabilidade e por isso funcionava para reprovar mais ou menos o resultado causado. Por ser elemento de reprovação, estava atrelado ao conhecimento da ilicitude e por isso era chamado de dolo normativo, valorativo, algo semelhante ao conceito de *dolus mallus* do direito romano.

3.2.2 Espécies de dolo

Dolo direto de primeiro grau

É a intenção, a finalidade, vontade direcionada a produção de um resultado desejada pelo agente (teoria da vontade). Esse dolo é formado por dois subelementos: (a) elemento cognitivo, ou seja, o conhecimento, reconhecimento do fato e (b) elemento volitivo, ou seja, manifestação de uma vontade por meio de um ato.

Dolo direto de segundo grau

Ocorre quando o agente atua com intenção de produzir o resultado e reconhece que outros resultados secundários, paralelos, irão com certeza se produzir, embora não sejam desejados pelo agente. Quanto a esses resultados, o

agente responde a título de dolo direto de segundo grau (p. ex.: bomba no avião). Aplica-se o concurso formal imperfeito – art. 70, segunda parte – somatório das penas pela prática de uma só conduta, com desígnios autônomos.

Pergunta: Haverá diferença na pena quando o dolo for direto de primeiro grau ou de segundo grau, ou ainda eventual?

R. Não, porque no finalismo o dolo faz parte da conduta e não do juízo de reprovação (culpabilidade), não importando a sua espécie para determinação da pena.

Dolo eventual

Modalidade anômala de dolo em que não há intenção de se produzir resultado e o agente atua de acordo com os seguintes requisitos: (a) previsão concreta do resultado, diferente de previsibilidade que é a mera possibilidade de prever e que caracteriza culpa; (b) consentimento com a eventual produção de um resultado previsto (teoria do consentimento ou assentimento); indiferença quanto a produção; (c) age aceitando, assumindo o risco de ocorrência do resultado (previsto).

Observação: trata-se de um dolo de natureza causalista, já que o agente não possui finalidade ao agir e, portanto, o crime se caracteriza de acordo com o resultado (previsto) e que for causado; logo, pela ausência de vontade na conduta, para a maioria da doutrina, o *dolo eventual é incompatível com a tentativa*.

Dolo alternativo

Diante do finalismo, este conceito perdeu aplicabilidade quando estiver presente o dolo direto de crime mais grave, pois este atrai a tipificação mesmo que haja um dolo direto ou eventual de crime menos grave em alternatividade.

O dolo alternativo terá aplicação prática apenas para solucionar problemas envolvendo dolo eventual em face de suas raízes causais. Sendo assim, será aplicado em duas hipóteses:

1) *Primeira hipótese*: dolo eventual do crime mais grave (art. 121) e, alternativamente, dolo direto do crime menos grave (art. 129):

Nesse caso, se não houver resultado natural aplica-se a tentativa do crime menos grave onde há dolo direto. E, ainda, se o resultado mais grave se produzir, mesmo havendo dolo direto no crime de lesão, afasta-se a forma qualificada pelo resultado morte (art. 129, § 3º, preterdolo) para punir o homicídio doloso por dolo eventual, já que a morte não é produto de culpa.

Exemplo: arremessar um bumbo de 15 metros de altura em uma arquibancada, querendo lesionar torcedores adversários, mas, alternativamente, assumindo o risco de morte.

2) *Segunda hipótese:* dolo eventual do crime mais grave e, alternativamente, dolo eventual do crime menos grave:

Não havendo qualquer dolo direto, o agente responde apenas pelos resultados causados a título de dolo eventual e não havendo qualquer resultado natural o fato será atípico (materialmente atípico).

Exemplo: falso cirurgião plástico que assume o risco de matar ou lesionar o paciente.

Dolo geral (também chamado de genérico)

Ocorre quando o agente pratica uma conduta com dolo direto e, acreditando ter alcançado o resultado pretendido, realiza um segundo ato, porém o resultado na verdade só ocorre em face desta segunda ação.

Neste caso, afirma-se que o dolo do primeiro ato será geral e abrangente para alcançar o segundo que não foi doloso, mas apenas culposo, fazendo com que o agente responda por um único crime doloso consumado.

Exemplo: efetua disparo com arma de fogo, arremessa o "corpo" no rio, mas a vítima morre afogada.

Observação: no dolo geral, circunstâncias qualificadoras de natureza subjetiva, via de regra, não são afetadas, sendo aplicadas normalmente (por exemplo, motivação). Porém, no que tange às qualificadoras de natureza objetiva (por exemplo, meios e modos de execução), para que sejam aplicadas exige-se o preenchimento de dois requisitos: (a) a qualificadora deverá ser abrangida pelo dolo do agente; (b) a qualificadora deverá efetivamente se produzir, não bastando ter sido desejada pelo agente.

Observação: *dolo geral # aberratio causae:* ocorre quando o agente realiza uma única conduta com dolo de produzir o resultado, porém este resultado acaba se produzindo em face de uma causa diversa da imaginada pelo agente.

Este desvio causal é considerado irrelevante já que a conduta dolosa do agente permanece como causa do resultado que será imputado normalmente a este sujeito.

Exemplo: "A" arremessa do alto da ponte para matar afogado e a vítima morre de traumatismo craniano durante a queda.

Embora possuam a mesma consequência, o *aberratio causae* e o dolo geral

não são sinônimos, pois no primeiro haverá uma única conduta com aberração na causa do resultado e no segundo haverá uma segunda conduta realizada para que o dolo da primeira a alcance, sendo por isso geral.

3.3 Elemento subjetivo especial

Alguns tipos exigem para se configurar que, além do dolo inerente à conduta praticada, o agente possua um fim específico para sua ação (especial fim de agir), logo esta finalidade específica precisará ser demonstrada para que se impute o crime ao agente (*delitos de intenção*. Exs.: art. 159 – extorsão mediante sequestro e art. 155 – furto).

- *Delito de tendência:* embora haja divergência na doutrina, há duas visões para esta categoria:

Nos *crimes habituais* em que a habitualidade não precisaria ser demonstrada no plano objetivo por meio de reiteração de atos, bastando que ao atuar o agente possua uma tendência a habitualidade, ou seja, atue demonstrando que pretende repetir os atos habitualmente. Ex.: exercício ilegal da medicina (art. 282) consumado com um único ato de quem demonstra que irá repeti-lo habitualmente (ZAFFARONI, 2007 e ROXIN, 2000).

Em certas categorias de crimes, por exemplo, nos *crimes sexuais*, não bastaria a realização objetiva dos atos previstos no tipo (atos libidinosos) com dolo, sendo necessário que o agente demonstre, ao agir, uma "tendência sexual" de satisfação de libido para que o crime se configure. Ex.: mediante grave ameaça tocar nas partes íntimas de alguém para humilhar – configuraria constrangimento ilegal (art. 146), lesão corporal (art. 129) ou, até mesmo, injúria real (art. 140, § 2º) (PRADO, 2002).

3.4 Diferença entre delito de intenção e delito de tendência

No *delito de intenção*, o elemento subjetivo especial aparece de forma explícita no próprio tipo penal.

Já no *delito de tendência*, o elemento subjetivo especial, ou seja, a tendência necessária, estará implícita e inerente à própria natureza da infração.

4. Fato típico culposo

No crime culposo, o agente pratica uma conduta com sua intenção, finalidade voltada para algo indiferente para o Direito Penal, um fato atípico, porém, devido à sua falta de cautela, acaba gerando um resultado típico.

Desta forma, nos crimes culposos há uma contradição entre aquilo que o agente quer (fato atípico) e o resultado produzido a título de culpa (fato típico), que, por ser exceção, deverá estar previsto expressamente na lei vinculado ao tipo doloso para que se possa atribuir o resultado por culpa (regra da excepcionalidade do crime culposo).

Elementos integrantes do tipo culposo:

a) conduta: ação ou omissão;

b) resultado típico;

c) nexo de causalidade;

d) inobservância do cuidado devido (falta de cautela);

e) previsibilidade do resultado (possibilidade de prever).

4.1 Princípio da confiança

Critério limitador da falta de cuidado nos crimes culposos, funcionando como um dos critérios de imputação objetiva do resultado na visão de Jakobs. De acordo com o referido princípio, aquele que cumprir o seu "papel social", respeitando as regras impostas pelo Estado, tem o direito de confiar que os demais cidadãos também o farão. Desta forma, impede-se a imputação de resultados a título de culpa independentemente da análise do caso concreto quando o agente respeitar as regras impostas pelo Estado para a atividade realizada.

4.2 Formas de conduta culposa

1) *Imprudência*: é toda conduta positiva, um fazer algo com falta de cuidado, ou seja, uma ação precipitada, com desatenção, dando origem a um resultado típico.
2) *Negligência*: é a inércia do agente, ou seja, um não fazer algo por desleixo, descuido, desatenção e, por isso, acabar gerando um resultado típico.
3) *Imperícia*: é a falta de capacidade técnica para o exercício de profissão, arte ou ofício, ou seja, o agente deveria possuir uma habilidade específica para praticar certo ato e por não possuí-la gera resultado típico.

Observação: não se confunde a imperícia, que é a falta de capacidade técnica, com a inobservância de regra técnica pelo profissional no exercício de sua atividade, que é causa de aumento de pena prevista para o homicídio culposo (art. 121, § 4º).

4.3 Espécies de culpa

1) *Culpa inconsciente* (ou culpa comum): é a regra geral para os crimes culposos quando o agente não prevê concretamente o resultado que lhe era previsível e, por isso, por não ter tido a consciência de que a lesão poderia se produzir, quando isto lhe era possível, falta com cuidado e responde por culpa.
2) *Culpa consciente*: é aquela em que o agente possui a previsão concreta do resultado e neste ponto é um conceito idêntico ao dolo eventual.

A partir daí, os institutos são absolutamente opostos, pois na culpa consciente o agente repudia, não aceita, e o resultado previsto é inadmissível, e por isso o agente só atua quando e se tiver convicção de que este resultado não se produzirá.

Esta convicção será produto da confiança depositada em suas habilidades pessoais, capacidades específicas que possua para a realização do fato sem a produção do resultado típico.

Na verdade não se trata essencialmente de uma culpa, mas de um conceito que se assemelha a isso e, portanto, foi chamado de "culpa com consciência do resultado". Ex.: "ônibus 174".

Observações:

- De acordo com o STJ, na culpa consciente para que o indivíduo alegue que confiou em habilidades pessoais para realizar o fato é preciso demonstrar objetivamente que possui estas habilidades, não bastando a mera afirmação de que confiou nas suas capacidades, se efetivamente não as possui. Ex.: peixe baiacu.
- No que tange à embriaguez associada a lesões no trânsito e também quanto ao "racha", "pega", o *STF*, majoritariamente, vem entendendo que se deve adotar o dolo eventual.

Porém, em recente decisão o próprio *STF* já decidiu contrariamente a isso, afirmando, com base nos preceitos da teoria da *actio libera in causa*, que esta hipótese deveria ser vista como crime culposo, posicionamento ainda minoritário no próprio STF, mas que vai levantar dúvidas e debate a respeito do tema (*vide* Informativo 639).

DOLO EVENTUAL	CULPA CONSCIENTE
Previsão concreta do resultado.	Previsão concreta do resultado.
Consentimento. Indiferença quanto à produção do resultado.	Repúdio quanto ao resultado. Não aceitação do resultado.
Agir aceitando, assumindo o risco de ocorrência do resultado.	Age acreditando, confiando na não ocorrência do resultado.
Responde por dolo.	Responde por culpa.

5. Ilicitude ou antijuridicidade

É a relação de contrariedade de uma conduta típica em face do ordenamento jurídico, sendo que, de acordo com a teoria indiciária (*ratio cognoscendi*) adotada por nós, todo fato típico será também ilícito, salvo se estiver presente uma causa de justificação, ou seja, uma excludente de ilicitude (art. 23, CP).

5.1 Excludentes de ilicitude

De acordo com a maioria da doutrina nacional, para se aplicar uma causa de exclusão da ilicitude será preciso que se preencham não só os elementos objetivos que compõem a excludente, mas também o elemento subjetivo da causa de justificação.

Nas bases do posicionamento defendido principalmente por Claus Roxin, este elemento subjetivo se caracteriza pelo conhecimento, pelo agente, da situação concreta justificante em que se encontra, ou seja, não basta estar na situação justificante, é preciso que o agente conheça esta situação e saiba que está atuando justificadamente (exemplo: não basta estar sendo agredido injustamente; para poder alegar legítima defesa o agente deve saber que está sendo agredido quando atua lesionando o agressor).

São causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal:

a) Estado de necessidade (art. 24, CP).

b) Legítima defesa (art. 25, CP).

c) Estrito cumprimento do dever legal.

d) ERD.

5.2 Estado de necessidade

Conceito: ocorre quando há uma situação de perigo para determinado bem

jurídico, sendo que a única alternativa para preservá-lo é a lesão, o sacrifício de um outro bem; portanto há um conflito, um confronto de bens jurídicos em jogo.

Há duas espécies de *estado de necessidade*:

1) *Estado de necessidade defensivo*: ocorre quando o agente lesiona a própria fonte do perigo para garantir o bem jurídico ameaçado (p. ex.: agente mata um cachorro feroz que estava indo em sua direção para atacá-lo).
2) *Estado de necessidade agressivo*: ocorre quando o agente, para garantir a preservação do bem ameaçado, lesiona um bem jurídico alheio, de terceiro, que não tem qualquer relação com a situação de perigo em que este se encontra (p. ex.: para se salvar, o agente toma o colete salva-vidas de outra pessoa em uma situação de naufrágio, matando-a).

5.3 Teorias delimitadoras do estado de necessidade

Há duas teorias delimitadoras da natureza jurídica do estado de necessidade, sendo que estas teorias se fundamentam na relação entre os bens jurídicos em jogo (preservado e sacrificado), para classificar o estado de necessidade e definir suas consequências, são elas:

1) *Teoria unitária:* considera que todo estado de necessidade deve ser visto como uma causa de exclusão da ilicitude do fato, independentemente da relação entre os bens jurídicos em jogo. Logo, sempre que forem preenchidos os requisitos do estado de necessidade, haverá *exclusão da ilicitude* e por isso todo estado de necessidade será *justificante*.
2) *Teoria diferenciadora:* diferencia o estado de necessidade de acordo com a relação entre os bens jurídicos em jogo (sacrificado e preservado), separando assim o estado de necessidade em duas grandes modalidades:
   a) *Estado de necessidade justificante:* quando o bem jurídico preservado é maior que o sacrificado (vida *versus* patrimônio), havendo assim exclusão da ilicitude.
   b) *Estado de necessidade exculpante:* quando o bem jurídico preservado e de igual valor que o sacrificado (vida *versus* vida) ou ainda em certos casos quando o bem jurídico preservado for *menor* que o sacrificado. Nestes casos, não haverá exclusão da ilicitude, mas se considera que há *exclusão da culpabilidade*, com base na *inexigibilidade de uma conduta diversa*, diferente por parte do agente.

Nosso ordenamento adotou a *teoria unitária* para delimitação do estado de necessidade, e sempre que forem preenchidos seus requisitos, que estudaremos a

seguir, afasta-se a ilicitude da conduta praticada.

Porém, existe adoção da *teoria diferenciadora* pelo Código Penal Militar, que em seu art. 39 prevê um *estado de necessidade exculpante*, excludente de culpabilidade, além de haver também a previsão do *estado de necessidade justificante*, excludente da ilicitude.

5.4 Elementos integrantes do estado de necessidade

5.4.1 Perigo atual

É aquele presente, concreto, em que a situação de perigo já está em curso, embora o dano possa ainda ser iminente.

Embora não haja previsão na lei, a maioria da doutrina aceita a aplicação do estado de necessidade para situações em que há *perigo iminente,* fazendo uma espécie de analogia *in bonan partem* em relação à legítima defesa, que expressamente (art. 25, CP) admite a exclusão da ilicitude, quando a agressão é ainda iminente.

5.4.2 Inevitabilidade por outra forma

Para que haja a exclusão da ilicitude por estado de necessidade é preciso que a lesão do bem alheio seja a única alternativa, a única saída, para a preservação do bem que se encontra em perigo.

Dica: o nome do instituto é *estado de necessidade*, e não *estado de dificuldade* ou de *comodidade,* não havendo exclusão da ilicitude se houver alternativa para a tutela do bem em perigo.

5.4.3 Não criação do perigo por vontade do agente

Aquele que criar a situação de perigo dolosamente não poderá alegar estado de necessidade, porém a criação culposa do perigo *não impede sua alegação;* isto decorre do uso do termo “vontade” pela lei, para limitar a aplicação da excludente somente quando, por intenção, o agente tiver criado o perigo.

Exemplo: se o agente, durante um passeio de barco, intencionalmente o vira, derrubando uma pessoa na água, *não* poderá alegar *estado de necessidade* para lhe tomar o colete salva-vidas diante da situação de *perigo* que foi criada por sua vontade.

5.4.4 Bem jurídico próprio ou de terceiro a ser preservado

Não há necessidade de qualquer relação com o terceiro para que alguém atue

em estado de necessidade, bastando a situação de perigo para se justificar a atuação de outrem para preservar o bem alheio.

5.4.5 Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado

Este requisito veio para limitar a aplicação da excludente de ilicitude em face de uma ponderação de valores entre o bem a ser preservado e o bem a ser sacrificado diante da situação de perigo, tendo aplicação fundamentalmente em hipóteses de confronto entre um bem jurídico indisponível (vida) e um bem disponível (patrimônio).

Quando diante do caso concreto, se o sacrifício do bem em perigo for exigível do agente afasta-se a possibilidade do estado de necessidade e da lesão do bem jurídico alheio para preservá-lo.

Exemplo: patrimônio *versus* vida – num naufrágio não se admite matar uma pessoa para salvar uma mala de roupas.

Porém, embora não se possa excluir a ilicitude da conduta nestas hipóteses, o legislador definiu no *art. 24, § 2º, CP* que se o sacrifício do bem era exigível, mas o agente não tolerou e lesionou o bem alheio para preservá-lo, não haverá exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade e o agente responderá pelo crime, porém com sua *pena reduzida de 1/3 a 2/3*.

De acordo com o *art. 24, § 1º, CP*, "não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo".

Esta vedação se refere aos *garantidores*, que têm a obrigação de enfrentar o perigo e de evitar a ocorrência de resultados (crimes omissivos impróprios), mais especificamente àqueles da alínea "*a" do art. 13, § 2º, CP* – quem tem por lei a obrigação de cuidado e vigilância – em face de o art. 24, § 1º, mencionar o termo *dever legal*.

Desta forma, estes garantidores previstos na referida alínea *a* não poderão alegar estado de necessidade para deixar de agir diante de uma situação de perigo.

Exemplo: um bombeiro não poderá alegar estado de necessidade para, em uma situação de afogamento no mar, tomar a prancha de um surfista que está se afogando para se salvar da situação de perigo em que se encontra.

6. Legítima defesa (art. 25, CP)

Assim como o estado de necessidade possui uma palavra-chave e determinante, que irá marcar e caracterizar o instituto, qual seja, perigo, a

legítima defesa se caracteriza pela existência de uma situação de agressão, sendo que esta agressão deverá possuir algumas características fundamentais para que se possa excluir a ilicitude do fato praticado, formando assim os elementos integrantes da legítima defesa.

6.1 Elementos integrantes da legítima defesa

6.1.1 Agressão

É conduta toda ação humana voltada a lesionar um bem jurídico alheio. De acordo com esta simples definição se solucionam algumas indagações a respeito da legítima defesa, que recorrentemente são objeto de questões de prova.

Pergunta: Cabe legítima defesa contra o ataque de animal?

R. Via de regra, *não*, já que o animal (p. ex.: cachorro) não pratica agressão pois não realiza conduta voluntária, não é ser humano, mas este ataque apenas dá origem a uma situação de perigo, o que pode gerar estado de necessidade quando a vítima mata o animal para se proteger.

Porém, se o animal for utilizado como arma, instrumento, para que um ser humano agrida outro, haverá a possibilidade de se falar em legítima defesa, pois neste caso haverá agressão humana, sendo o animal mero instrumento desta ação.

Pergunta: Cabe legítima defesa de uma conduta culposa?

R. Há divergência na doutrina, embora nos pareça que a melhor posição seja que não é possível a legítima defesa da conduta de quem age culposamente, ou seja, por meio de uma falta de cuidado.

Na verdade, embora haja entendimento contrário, apoiando a possibilidade de legítima defesa na culpa, a conduta culposa não caracteriza uma agressão ao bem alheio, algo que se vincula à ideia de Dolo. Sendo assim, uma conduta descuidada pode dar origem, na verdade, a uma situação de perigo para o bem alheio, mas não a uma agressão, e, portanto, pode gerar uma atuação em estado de necessidade, mas não em legítima defesa.

Exemplo: atua em estado de necessidade, e não em legítima defesa, o carona que ameaça o motorista com uma arma para obrigá-lo a parar o carro, pelo fato de estar dirigindo de forma imprudente, fazendo manobras arriscadas, já que este se negou a parar de fazê-lo, mesmo após muitos apelos do passageiro.

6.1.2 Injusta agressão

É toda agressão que não esteja autorizada, justificada pelo ordenamento

jurídico, logo não há legítima defesa quando o agressor estiver protegido por uma causa de exclusão da ilicitude.

Sendo assim, não há legítima defesa contra a conduta de quem atua em estrito cumprimento do dever legal, em exercício regular de direito, em estado de necessidade, e não há legítima defesa de legítima defesa (*legítima defesa recíproca*).

Observação: a *legítima defesa recíproca,* que não é admitida, ocorre muitas vezes em situação em *legítima defesa de terceiros*, em que alguém (A), licitamente, vai se defender, em legítima defesa, de agressões sofridas, praticadas por outrem (B), sendo que um terceiro (C) resolve intervir, lesionando este indivíduo (A), para evitar a lesão do agressor originário (B), e, portanto, não atua em legítima defesa, pois repele uma agressão justa, de quem (A) estava atuando licitamente.

Neste caso não há legítima defesa de terceiro, pois a conduta de agressão ao terceiro (B), agressor originário, praticada pelo agente (A), é justa, lícita, não podendo ser repelida em legítima defesa por outrem.

Pergunta: Cabe legítima defesa da agressão praticada por um inimputável?

R. *Sim*, pois embora o inimputável (p. ex.: doente mental ou o menor de 18 anos) não cometa crime, por não possuir Culpabilidade, realiza fato Típico e ilícito e, portanto, pratica uma *injusta agressão*, permitindo assim que quem a sofre atue em legítima defesa para se defender e garantir a proteção do bem jurídico ameaçado.

6.1.3 Agressão atual ou iminente

- *Atual*: é aquela que está ocorrendo, presente e concreta, ou seja, mais tecnicamente pode-se dizer que é aquela que *já começou, mas ainda não terminou.*
- *Iminente*: é aquela que está prestes a acontecer, ou seja, próxima. E para evitar dúvidas a respeito deste conceito de proximidade podemos afirmar que a iminência se dá no *último momento antes da atualidade*.

Logo, de acordo com este requisito podemos concluir que não há legítima defesa de *agressões passadas, pretéritas* nem de *agressões futuras (p. ex.: promessa de agressão).*

Pergunta: O que se entende por legítima defesa antecipada?

R. É aquela em que o agente se antecipa na conduta defensiva quando a agressão ainda é futura, uma promessa de agressão, e lesiona o futuro agressor.

Isto ocorre pelo fato de que se ele esperar a agressão se tornar iminente não terá meios para se defender e proteger o bem jurídico em jogo.

De acordo com a maioria da doutrina não é possível se aplicar a legítima defesa a estes casos e não haverá exclusão da ilicitude da conduta. Porém, de acordo com o caso concreto é possível se falar em exclusão da culpabilidade e do próprio crime, por inexigibilidade de conduta diversa (*causa supralegal da exclusão da culpabilidade*), caso se demonstre que a antecipação é a única forma de se garantir a proteção do bem ameaçado.

7. Bem jurídico próprio ou de terceiro

Não há necessidade de qualquer relação com o terceiro para se atuar em sua defesa, bastando se perceber uma injusta agressão ao bem jurídico alheio, para se atuar justificadamente em sua defesa, lesionando seu agressor.

8. Moderação

Para que haja legítima defesa, o agente deverá atuar dentro do estritamente necessário e apenas de forma suficiente para fazer cessar a agressão, isto de acordo com os meios disponíveis diante de situação concreta (p. ex.: não pode matar quem furta/não pode prosseguir atuando após ter conseguido cessar a agressão).

Na falta de moderação, quando o agente ultrapassa os limites necessários para repelir a agressão haverá o *excesso*, que será punido a título de dolo ou culpa (art. 23, parágrafo único, CP), sendo que, embora mais comuns na legítima defesa, os excessos serão puníveis em qualquer excludente.

É possível se classificar o excesso em duas grandes espécies, de acordo com a forma pela qual o agente se excede em uma excludente de ilicitude, principalmente nas hipóteses de legítima defesa:

1) *Excesso extensivo:* ocorre quando o agente, mesmo após ter conseguido cessar a agressão sofrida (ou o perigo no estado de necessidade), prossegue atuando, ou seja, o agente se estende na conduta defensiva, passando a atuar de forma ilícita, devendo assim responder pelo que tiver realizado em excesso.
2) *Excesso intensivo:* ocorre quando o agente se excede quanto à intensidade da conduta defensiva, havendo uma desproporção entre a agressão sofrida e o meio defensivo utilizado (p. ex.: matar quem está furtando um bem).

   Observação: é possível se falar ainda do chamado *excesso exculpante*,

quando determinado agente se excede em sua conduta defensiva, mas de acordo com a análise da situação concreta não é possível se exigir dele a moderação e o equilíbrio na conduta defensiva realizada. Neste caso, embora tenha havido excesso na legítima defesa, este não será punido e não irá configurar crime, afastando-se a culpabilidade do agente (*causa supralegal de exculpação*), por inexigibilidade de conduta diversa, temas que estudaremos mais adiante.

Pergunta: O que se entende por legítima defesa sucessiva?

R. É a chamada *legítima defesa do excesso,* ou seja, aquela que ocorre quando há o excesso de quem atua em legítima defesa, ou em outra excludente de ilicitude, sendo que este excesso, por caracterizar agressão injusta, permite que haja legítima defesa por parte de quem sofre este excesso, para se defender desta conduta excessiva que configura uma injusta agressão.

Estas hipóteses são chamadas de *legítima defesa sucessiva*, já que esta legítima defesa sucede uma legítima defesa anterior, na qual o agente que atuava justificadamente se excedeu, passando a agir de forma ilícita.

Pergunta: O que se entende por legítima defesa putativa?

R. É sinônimo de legítima defesa "*virtual*", pois o agente *erra* a respeito da situação de legítima defesa e pensa estar em legítima defesa, quando na verdade isso não ocorre.

Por isso mesmo, a *legítima defesa putativa* não configura uma causa excludente de ilicitude, sendo na verdade uma hipótese de *erro*, via de regra, *erro de tipo permissivo* (art. 20, § 1º, CP), quando o *erro for de natureza fática*, ou seja, a respeito da *situação de agressão,* que poderá afastar o crime, isentando o agente de pena, ou afastar o dolo e punir apenas a forma culposa do crime.

Porém, a *legítima defesa putativa* também poderá ser produto de um erro sobre a *valoração* dos limites, ou mesmo da existência de uma excludente de ilicitude e, neste caso, haverá o chamado *erro de proibição (indireto) do art. 21 do CP*, que terá como consequência afastar a culpabilidade e o crime, ou, então, apenas reduzir a pena do crime praticado *(1/6 a 1/3).*

Voltaremos a tratar da legítima defesa putativa mais adiante, quando estudarmos as diversas espécies de erro no Direito Penal, bem como iremos separar todas as consequências destes erros, de acordo com sua natureza (inevitável ou evitável).

9. Estrito cumprimento do dever legal

Conceito: atua licitamente o *funcionário público* que age cumprindo de

forma estrita, dentro dos limites estabelecidos, um dever que lhe tenha sido *imposto pela lei*, sendo que os excessos serão punidos normalmente, a título de dolo ou culpa.

Exemplo: policial que opera prisão cumprindo mandado.

Atenção: não há *estrito cumprimento do dever legal* na conduta do policial, mesmo o atirador de elite, que dispara contra meliante, seja para matar ou lesionar; este atua sempre em *legítima defesa*, própria ou de terceiro.

Nesses casos o policial estará atuando sempre em *legítima defesa* própria, ou de terceiros, para se excluir a *ilicitude* daquilo que fez.

Observação: em nosso ordenamento, o *Estrito Cumprimento de Dever Legal* possui a natureza jurídica de *Causa de Exclusão da Ilicitude*; porém, nas bases da Teoria da *Tipicidade Conglobante*, é considerado como uma *Causa de Exclusão da Tipicidade*, pela ausência. *Antinormatividade* da conduta, conforme já estudamos ao analisar esta instigante teoria.

10. Exercício regular de direito

Conceito: atua licitamente todo aquele que age exercendo um direito que lhe tenha sido outorgado pelo ordenamento jurídico, desde que atue dentro dos limites estabelecidos na lei, também se punindo normalmente os excessos (dolo ou culpa).

10.1 Hipóteses de exercício regular do direito

1) Prisão em flagrante realizada pelo particular diante da prática de um crime.
2) *Direito de castigo:* é o exercício do poder familiar do responsável que repreende seu filho no processo de educação. Exemplo: pai que deixa o filho de castigo trancado no quarto de um dia para o outro. Embora realize o fato típico previsto no *art. 148 do CP* (Cárcere Privado), terá sua ilicitude afastada e não responderá pelo crime.
3) *Lesões desportivas:* desde que praticadas dentro das regras do esporte, serão consideradas lícitas. Exemplo: boxe, MMA, lesões no futebol.
4) *Intervenções cirúrgicas normais:* em que há um acordo prévio com o médico, como as estéticas, reparadoras e profiláticas, pois as intervenções emergenciais oriundas de uma situação de perigo se resolvem melhor pelo estado de necessidade.
5) *Ofendículas/ofensáculos:* são obstáculos, previamente colocados, para a proteção da propriedade, do patrimônio, e que podem gerar lesões quando

um agente tenta ultrapassá-los. O titular do bem jurídico não responde pelas lesões produzidas no agente, pois tem o direito de proteger seu bem jurídico. Exemplo: arame farpado, cacos de vidro, cachorro, cerca elétrica. A cerca elétrica, embora seja considerada uma *ofendícula*, é reconhecida pela maioria da doutrina como uma modalidade de *legítima defesa chamada de preordenada*, já que possui funcionamento ativo e é capaz de *repelir* o agressor no momento em que este atua. Por isso deve respeitar o limite objetivo de moderação e não pode, por exemplo, matar o invasor eletrocutado, pois isso configuraria excesso, punido normalmente.

11. Consentimento do ofendido

Ocorre quando o titular de um *bem jurídico disponível* autoriza *previamente* sua lesão. Logo, embora a conduta praticada configure um fato típico, não será ilícita, afastando-se o crime.

Exemplo: o dono de um veículo autoriza previamente que alguém quebre o vidro, pois bateu a porta com a chave dentro. O agente não responderá pelo crime de *dano* (art. 163).

Trata-se, portanto, de uma *causa supralegal de exclusão da ilicitude*, que não será aplicável para *bens indisponíveis* (vida) (p. ex.: eutanásia autorizada pela própria vítima configura crime para quem praticar a conduta).

Observação: quando o não consentimento do titular do bem for elemento integrante do próprio tipo penal, o consentimento do ofendido será *causa de exclusão da própria tipicidade* do fato realizado.

Exemplo: violação de domicílio; se o titular do bem autorizar previamente a entrada do agente o fato será atípico (art. 150, CP – “contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito”).

12. Culpabilidade

A culpabilidade possui três aspectos dentro da estrutura do Direito Penal moderno, são eles:

1) *Princípio fundamental de Direito Penal*: traduz a ideia e o conceito da *responsabilidade penal subjetiva*, pela qual “não há crime sem culpa”, ou seja, não há crime sem que o agente tenha atuado com *dolo ou com culpa* (*stricto sensu*). Importante lembrar que, no finalismo, o dolo e a culpa são elementos do Tipo e o princípio da culpabilidade terá como consequência afastar a Tipicidade do fato, na ausência de dolo e culpa na conduta do

agente.

2) *Elemento integrante do conceito de crime*: junto com o fato típico e a ilicitude, a Culpabilidade é o terceiro elemento fundamental e necessário para que haja crime (concepção tripartida).

Sendo assim, a culpabilidade se define como a *reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita praticada*, formada pela imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, nas bases da *teoria normativa pura*, adotada pelo finalismo e pelo Código Penal.

Observação: há entendimento, hoje minoritário, na doutrina nacional afirmando que a culpabilidade não é elemento integrante do conceito de crime, mas tão somente um *pressuposto de aplicação da pena*. Trata-se da concepção bipartida do crime, oriunda do Direito Penal italiano (*Giusepe Maggiore*), trazida para o Brasil por Rene Ariel Dotti e, hoje, adotada de forma minoritária, principalmente, por Damásio de Jesus.

12.1 Fundamento e limite da pena

Trata-se da primeira e mais importante circunstância judicial, considerada pelo juiz na primeira fase da dosimetria da pena, para estipular a pena base entre o mínimo e o máximo legal (art. 59, CP).

12.2 Teorias da culpabilidade

12.2.1 Teoria psicológica da culpabilidade (causalismo natural)

Com base no causalismo natural, esta teoria considera a culpabilidade mero vínculo psíquico entre o sujeito e o resultado por ele causado, sendo que tem na imputabilidade um mero pressuposto para se falar em culpabilidade e não um elemento de seu conceito.

Para esta teoria a culpabilidade possui duas formas: *culpabilidade dolosa* e *culpabilidade culposa*.

Nesta visão, culpabilidade ainda é apenas um sinônimo de responsabilidade penal, traduzindo assim o paradigma da responsabilidade penal subjetiva.

12.2.2 Teoria psicológico-normativa da culpabilidade (Frank)

Produto do causalismo valorativo e desenvolvida principalmente por Reinhardt Frank, a culpabilidade passa a ser vista como juízo de reprovação e com isso a primeira modificação ocorrida foi a *imputabilidade* passar a ser vista como elemento necessário para se reprovar alguém, e não mais como mero

pressuposto da culpabilidade.

Além disso, com base na análise da chamada *normalidade*, ou não, das *circunstâncias concretas*, a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, poder se exigir do agente comportamento diferente na situação concreta, passa a ser elemento fundamental do juízo de reprovação (elemento normativo).

O dolo (elemento psicológico) permanece como elemento necessário do juízo de culpabilidade, mas, em face da tendência valorativa que informa esta teoria, passa a estar vinculado ao conhecimento da ilicitude (*dolo valorativo ou normativo*), algo semelhante ao conceito de *dolus mallus (*dolo mau) oriundo do Direito Romano.

A culpabilidade passa a ter uma estrutura complexa, formada pelo elemento psicológico (dolo), atrelado ao conhecimento da ilicitude e por outros elementos, de natureza normativa, como a exigibilidade de conduta diversa, por isso esta teoria se chama psicológico-normativa.

12.2.3 Teoria normativa pura

Produto do finalismo de Hans Welzel, fundamenta-se na ideia de que a conduta humana se caracteriza pela finalidade, intenção do agente ao agir, independentemente dos resultados causados.

Desta forma, considera-se que o dolo é elemento integrante do tipo penal ligado ao verbo, deixando por isso de ser visto como elemento (psicológico) da culpabilidade.

Sendo assim, a culpabilidade perdeu seu elemento psicológico (dolo) e passou a ser composta por elementos puramente normativos, razão pela qual passou a se falar em uma *teoria normativa pura.*

Desta forma, a estrutura da culpabilidade ficou formada pelos seguintes elementos, cumulativos e necessários para que haja o juízo de reprovação:

a) Imputabilidade (arts. 26, 27 e 28, CP).

b) Potencial conhecimento da ilicitude (art. 21, CP).

c) Exigibilidade de conduta diversa (art. 22, CP).

12.3 Elementos integrantes da culpabilidade

12.3.1 Imputabilidade

É a plena capacidade de entender a natureza dos fatos e de se autodeterminar de acordo com esse entendimento; logo o inimputável não é apenas aquele que

não compreende o mundo a sua volta, mas também aquele que, embora compreenda, não consegue controlar seus impulsos, tomar decisões e se autodeterminar com base na realidade dos fatos (p. ex.: cleptomaníaco).

O Código Penal adotou o sistema biopsicológico para delimitação das hipóteses de inimputabilidade. Este sistema é a reunião do *sistema biológico* puro com o *sistema psicológico* puro e deixou o legislador livre para fundamentar as causas de inimputabilidade, tanto em razões psíquicas, psicológicas, quanto em razões orgânicas, patológicas, biológicas.

12.4 Causas de inimputabilidade

12.4.1 Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (art. 26, CP)

Engloba os loucos, retardados, débeis mentais, maníacos e psicopatas, dependente químico etc. Esses inimputáveis não possuem culpabilidade e, portanto, não cometem crime, logo também não recebem pena.

Porém, pela prática de uma infração penal (fato típico e ilícito) receberão medida de segurança, fundamentada na periculosidade do agente; por isso, de acordo com o Código Penal, as medidas de segurança não possuem prazo máximo determinado, durando enquanto perdurar a periculosidade do agente (posição divergente no STF = máx. de 30 anos).

Como dissemos, a medida de segurança, que tem o fundamento na periculosidade do agente, diferentemente da pena que se funda na reprovabilidade pessoal (culpabilidade), poderá ser de internação em hospital psiquiátrico, ou mero tratamento ambulatorial (art. 96, CP).

12.4.2 Menoridade (art. 27, CP)

É a presunção absoluta de incapacidade do menor de 18 anos, que não merece reprovação e, nas bases de um critério biológico, cronológico, não tendo culpabilidade não comete crime, mas tão somente pratica ato infracional (fato típico e ilícito), de acordo com o ECA.

Este menor infrator vai receber medida socioeducativa, que pode ser inclusive de privação da liberdade, por meio de internação em instituição de menores.

O fundamento da menoridade penal é diferente do fundamento da inimputabilidade por doença mental, pois o menor possui entendimento do mundo a sua volta, mas não possui a plena capacidade de autodeterminação; isto

ocorre em razão das alterações hormonais, orgânicas pelas quais passa, produto do período de adolescência. Este é o verdadeiro fundamento que leva o menor a ser considerado inimputável.

Entre 18 e 21 anos, embora seja plenamente imputável, respondendo normalmente pelo crime, o Código Penal reconhece que há uma circunstância atenuante de pena (art. 65, I, CP) em face da transição pela qual o agente passa neste período.

12.4.3 Embriaguez acidental completa (art. 28, II e §§ 1º e 2º, CP)

Embriaguez: são as alterações psíquicas produto de qualquer substância entorpecente lícita ou ilícita, não estando restrita à ingestão alcoólica.

1) Acidental: é aquela não escolhida pelo agente e, portanto, de caráter involuntário, sendo produto, assim, de um caso fortuito, ou seja, o agente desconhece o que ingere ou suas consequências, ou, ainda, de uma força maior, quando a ingestão ocorre por meio de uma coação moral ou física irresistível.

Observação: a chamada embriaguez dolosa ou culposa não exclui a imputabilidade já que possui necessariamente caráter voluntário.

2) Completa: é o estado de total falta de discernimento ou de autodeterminação, ou seja, uma embriaguez plena capaz de afastar todo o controle do agente sobre seus atos. A embriaguez parcial poderá reduzir a pena, mas jamais excluir a culpabilidade.

Observação: visando a solucionar os problemas de embriaguez voluntária dolosa ou culposa e permitir que nesses casos, mesmo em estado de total inimputabilidade quando atua, o agente possa responder pelo crime praticado, o Código Penal adotou a chamada *actio libera in causa.*

Para esta teoria deve-se transferir a análise da imputabilidade do agente para o momento prévio, quando este se coloca voluntariamente em estado de embriaguez, já que esta embriaguez escolhida acaba sendo a causa da conduta realizada que vem a gerar o resultado.

Por isso, ao dar causa a conduta que dá causa ao resultado, por um desdobramento causal semelhante ao adotado pela teoria da *conditio sine qua non* e também de acordo com o método da eliminação hipotética, considera-se que o ato de se colocar em estado de embriaguez também é causa do resultado produzido.

Sendo assim, como na ingestão da droga o agente é livre e imputável, poderá responder pelos resultados oriundos das ações praticadas em estado de embriaguez.

O fundamento teórico da *actio libera in causa*, seguindo as bases da teoria da *conditio sine qua non*, afirma: a *causa* (embriaguez) da *causa* (p. ex.: facada) é causa do que for *causado* (p. ex.: morte).

Modernamente, para que se possa aplicar a teoria da *actio libera in causa* sem que haja uma *responsabilidade penal objetiva*, é preciso compatibilizar esta tese com o *princípio da culpabilidade* ou da *responsabilidade subjetiva*.

Desta forma, ao se transferir a análise da imputabilidade para o momento anterior à prática da conduta, ou seja, quando o agente voluntariamente se coloca em estado de embriaguez, deve-se analisar também neste momento prévio o dolo (direto ou eventual) e a culpa (consciente ou inconsciente), quanto à realização futura de crime, e com base na análise prévia destes elementos se tipificar o fato praticado (ZAFFARONI, 2007 e CIRINO DOS SANTOS, 2006).

13. Potencial conhecimento da ilicitude

Para que haja reprovação é preciso que o agente conheça o caráter ilícito, contrário à ordem daquilo que faz, ou, pelo menos, que tenha tido a possibilidade de conhecer esse caráter contrário ao ordenamento, proibido do seu ato.

O *desconhecimento da ilicitude*, que poderá afastar a culpabilidade e o crime ou, pelo menos, reduzir a pena, não se confunde com o *desconhecimento da lei*, que é considerado inescusável, pois "*ninguém poderá alegar que desconhece a lei para não cumpri-la*", embora em certos casos os dois conceitos coincidam e isso não impedirá que a falta de conhecimento da ilicitude produza efeitos no juízo de culpabilidade.

São hipóteses de diferenciação entre o desconhecimento da lei e o desconhecimento da ilicitude:

1) O agente *conhece a lei*, mas *desconhece a ilicitude* do seu ato. Afeta-se a culpabilidade que poderá ser afastada ou diminuída. Exemplo: eutanásia.
2) O agente *não conhece a lei*, porém *conhece a* ilicitude do que faz. Não se afeta o juízo de culpabilidade e o agente responde pelo crime. Exemplo: crime tributário – Lei n. 8.137/90.
3) O agente *desconhece a lei* e também *desconhece a ilicitude* do seu ato. A culpabilidade será afetada, podendo ser afastada ou reduzida, independentemente de o desconhecimento da lei também ocorrer. Exemplo:

crimes ambientais – Lei n. 9.605/98.

Observação: o desconhecimento da lei é inescusável e não irá afetar a culpabilidade, entretanto poderá ser reconhecido como circunstância atenuante da pena prevista no art. 65, II, do CP.

A *falta de conhecimento da ilicitude* dá origem ao famoso *erro de proibição* que, por incidir neste elemento da culpabilidade, terá suas consequências todas ligadas a ela, podendo afastá-la, excluindo o crime (*erro inevitável*), ou então reduzir o juízo de reprovação, diminuindo a pena (*erro evitável*).

Desta forma, por incidir no conhecimento da ilicitude, elemento da culpabilidade, o *erro de proibição*, seja ele *evitável* ou *inevitável*, jamais afetará o dolo da conduta, já que este é elemento integrante do tipo e só será afetado pelo *erro de tipo*.

Observação: o termo "conhecimento leigo na esfera do profano" é utilizado para demonstrar o controvertido critério do "homem médio", que de acordo com parte da doutrina mais tradicional é o parâmetro para se avaliar se há ou não potencial conhecimento da ilicitude diante de determinada situação, embora atualmente a dogmática moderna esteja preferindo trabalhar com a análise das características pessoais, em cada caso concreto.

Este critério tradicional avalia a capacidade média, comum, de percepção do caráter ilícito de algo, com base em razoável esforço de consciência exigível de um homem comum, médio, determinando assim se houve erro de proibição ou não e, ainda, se este erro deve ser considerado evitável ou inevitável.

14. Exigibilidade de conduta diversa

Para que haja reprovação, culpabilidade e crime, é preciso que seja possível se exigir do agente comportamento diferente diante da situação concreta, ou seja, é preciso ser exigível uma conduta conforme o direito e, portanto, diversa da praticada pelo sujeito.

O fundamento desta exigibilidade de conduta diversa, ou não, está na análise da normalidade, ou não, da situação concreta em que o agente atua, isto com base nos posicionamentos originários de James Goldsmith e Berthold Freudental.

Sendo que a anormalidade das circunstâncias concretas irá gerar inexigibilidade de conduta diversa e, devido à inserção da exigibilidade de conduta diversa como elemento da culpabilidade (Frank), a falta deste elemento irá produzir a exclusão da própria culpabilidade e consequentemente do crime.

O Código Penal prevê duas hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa, causas de exclusão da culpabilidade e do crime, dando origem às chamadas *causas de exculpação*, previstas no art. 22:

14.1 Coação moral irresistível

É aquela que incide na moral de quem sofre, viciando a sua liberdade de escolha, de vontade, quando este atua. Esta coação moral poderá ser feita pelo meio moral da grave ameaça, mas também pelo meio físico da violência corpórea para fazer com que o agente atue.

Em ambas as hipóteses de coação moral irresistível afasta-se a culpabilidade e responderá pelo crime apenas o autor da coação.

A coação resistível não afasta o juízo de culpabilidade nem o crime, porém irá atenuar a pena, art. 65, III, *c*, do CP.

A *coação moral por meio físico* não se confunde com a *coação física irresistível,* que é causa de exclusão da tipicidade por ausência de conduta.

Esta coação física irresistível tem como definição o seguinte conceito: *"Atuar fisicamente no corpo de outrem gerando movimento involuntário"* e, por isso, o movimento corporal do coagido não pode ser considerado conduta e seu fato será atípico, respondendo pelo crime apenas o autor da coação.

14.2 Obediência hierárquica

Ocorre quando superior hierárquico, por *vínculo de Direito Público*, dá uma *ordem ilegal* a seu subordinado. Este subordinado, em *erro* a respeito da ilegalidade da ordem, cumpre-a, sendo que por isso não responderá pelo fato, que será atribuído apenas ao autor da ordem.

O fundamento da obediência hierárquica não se encontra no vínculo de hierarquia, mas, sim, no *erro a respeito da ilegalidade da ordem* e, por isso, se a ordem for manifestamente ilegal, não haverá obediência hierárquica, devendo-se imputar o crime tanto ao superior quanto ao subordinado que a cumprir.

A obediência hierárquica se assemelha ao chamado *erro determinado por terceiro* (art. 20, § 2º, CP), que afirma que somente o terceiro que determinou o erro deve responder pelo fato; porém, na obediência hierárquica há outros requisitos e esse terceiro é o superior, por vínculo de Direito Público, dando ordem com aparência de legalidade para o subordinado.

Observação final*:* há certas hipóteses que mesmo não previstas em lei são reconhecidas pela maioria da doutrina como causas supralegais de exclusão da

culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa; dentre elas, as mais aceitas são o *excesso exculpante* em excludente de ilicitude e a *legítima defesa antecipada*.

15. Teoria do erro

15.1 Teorias ligadas ao finalismo

Nas bases da *teoria normativa pura da culpabilidade*, pela qual a culpabilidade é formada pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, há duas vertentes para se caracterizarem as espécies de erro em Direito Penal, são elas:

15.1.1 Teoria extremada da culpabilidade

Separa apenas duas categorias de erro essencial a serem adotadas:

1) *Erro de tipo incriminador*: acerca dos elementos objetivos que compõem um Tipo, com suas repercussões no dolo e na culpa do agente.
2) *Erro de proibição*: acerca do caráter ilícito da conduta – incide no potencial conhecimento da ilicitude, com suas repercussões no juízo de Culpabilidade.

A partir do Finalismo e nas bases da Teoria Normativa Pura da Culpabilidade, surge esta primeira vertente, chamada Teoria Extremada da Culpabilidade (Welzel), que teve como grande característica dar um alcance extremado ao erro de proibição, abrangendo todas as hipóteses em que o agente não conhece o caráter ilícito, proibido, do que faz, tendo assim, como consequência, afetar o juízo de culpabilidade.

Além desse erro de proibição, de alcance amplo no que tange à falha percepção do caráter ilícito do fato, a Teoria Extremada trabalha com apenas mais uma espécie de erro essencial, qual seja, o erro de tipo incriminador, quando o agente se equivoca a respeito de elementos fáticos previstos no tipo penal que prevê o crime.

15.1.2 Teoria limitada da culpabilidade (teoria adotada pelo nosso Código Penal)

1) *Erro de tipo incriminador* (art. 20): acerca dos elementos objetivos do tipo penal – suas repercussões se dão no dolo e na culpa da conduta do agente – convergência com a Teoria Extremada.
2) *Erro de proibição* (art. 21): quanto à valoração do certo/errado – erro sobre o

conhecimento da ilicitude – repercute na culpabilidade.

3) *Erro de tipo permissivo* (art. 20, § 1º): erro produto de [má] avaliação dos fatos relativos a uma situação de exclusão da ilicitude – exemplo: errar sobre a existência de "agressão", na legítima defesa.

Conceito: produto também do finalismo e da *teoria normativa pura* da Culpabilidade, esta *teoria limitada* vem para limitar o alcance do erro de proibição, que, na *teoria extremada*, possui uma abrangência muito ampla e alcança todas as hipóteses de falta de conhecimento da ilicitude.

Sendo assim, a grande característica da teoria limitada é limitar o erro de proibição apenas a hipóteses em que o agente, por conta de uma falha de valoração quanto à ilicitude do que faz, equivoca-se, acreditando não fazer nada de proibido ao agir, e cria uma terceira modalidade de erro, chamada de erro de tipo permissivo.

Essa nova modalidade, que veio para limitar o erro de proibição, é produto de um erro a respeito de fatos concretos previstos em uma excludente de ilicitude, em um tipo permissivo, que, fatos que, se existissem, tornariam lícita a conduta do agente e, portanto, é ao errar a respeito desses elementos que o agente acaba desconhecendo a ilicitude do que faz (p. ex.: legítima defesa putativa – erro a respeito da situação de agressão).

Observação: de acordo com a Teoria Limitada, há uma opção dogmática (*Teoria complexa da culpabilidade, ou Teoria que remete às consequências do erro*) em equiparar as consequências do erro de tipo permissivo às consequências do erro de tipo incriminador, em face da origem desses erros, que incidem sobre elementos objetivos, fáticos previstos em um tipo.

Desta forma, todos os erros de tipo, seja o de tipo permissivo ou incriminador, irão afastar o dolo, podendo também afastar a culpa (erro inevitável), ou apenas o dolo, punindo-se a forma culposa do crime (erro evitável).

Já o erro de proibição, incidindo sobre o juízo de culpabilidade, fica limitado apenas à falta de conhecimento da ilicitude, em face de um erro quanto à valoração do certo e do errado, por parte do agente ao agir, e por isso irá afastar ou reduzir o juízo de reprovação, ou seja, a própria culpabilidade.

15.2 Estrutura da teoria do erro

15.2.1 Erros essenciais

Erro de tipo incriminador (art. 20, CP):

1) Erro inevitável/invencível/escusável (“desculpável”)

Consequência: afasta o dolo/afasta a culpa = fato atípico.

2) Erro evitável/vencível/inescusável

Consequência: afasta o dolo/responde pela forma culposa do crime (se houver).

Erro de tipo

É o erro que incide sobre elementos objetivos integrantes de um tipo penal incriminador, sendo que todo erro de tipo terá como consequência afastar o dolo e, de acordo com a sua natureza inevitável ou evitável, poderá, também, afastar a culpa, tornando o fato atípico (inevitável), ou manter a punição pela forma culposa do crime, se houver previsão (evitável).

Erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º)

Sobre fatos previstos nas excludentes de ilicitude (agressão = legítima defesa putativa):

1) Erro inevitável/invencível/escusável

Consequência: afasta o dolo/afasta a culpa = isenta de pena.

2) Erro evitável/vencível/inescusável

Consequência: afasta o dolo/responde pela forma culposa do crime (*culpa imprópria*).

A *culpa imprópria* é produto do *erro de tipo permissivo evitável*, em que o agente possui dolo ao agir, acreditando estar em situação de exclusão da ilicitude, porém, por se equivocar a respeito desses fatos (p. ex.: agressão), terá seu dolo afastado e *impropriamente* responderá pela forma culposa do crime praticado.

Neste caso, a maioria das doutrinas aceita que há uma exceção em que é possível falar em “tentativa de crime culposo”; porém, na verdade, trata-se de uma tentativa de crime doloso, em que o resultado pretendido não ocorre, mas *impropriamente* tratado e punido como *crime culposo*, em face das consequências adotadas pela *Teoria Limitada* para este erro.

Observação: para o professor Luiz Flávio Gomes, o erro de tipo permissivo é um erro *suis generis*, já que, na visão de *LFG*, na primeira parte do art. 20, § 1º, do Código Penal, em face de se ter utilizado a expressão “isento de pena”, este erro seria um *erro de tipo* com consequências de *erro de proibição*, enquanto na sua segunda parte, que se refere ao *erro evitável*, este voltaria a ter

as consequências de *erro de tipo,* quais sejam *afastar o dolo* e *punir a culpa* (Teoria que remete às consequências do erro).

Há divergência e, *data venia,* em nosso entendimento, o termo "*isento de pena*" utilizado pelo Código Penal é atécnico e na verdade se refere a *ausência de dolo e culpa,* por opção da *Teoria Limitada* que o equipara ao erro de tipo incriminador quanto às suas consequências, já que na forma evitável determina o afastamento do dolo e a punição do crime culposo.

Logo, em nosso entendimento, a natureza *suis generis* deste erro existe, mas, na verdade, em sentido inverso ao posicionamento defendido pelo ilustre professor Luiz Flávio Gomes, dá-se em face da sua origem como erro de proibição pela falta de conhecimento da ilicitude (Teoria Extremada), que passou a ter as consequências de erro de tipo (afastamento do dolo) em face da Teoria Limitada da Culpabilidade.

Erro de proibição (art. 21, CP)

É aquele que resulta da falta de conhecimento da ilicitude e, portanto, incide sobre a culpabilidade, podendo afastá-la quando inevitável, devido à ausência de potencial conhecimento, ou, ainda, apenas reduzir a culpabilidade e, consequentemente, diminuir a pena (de 1/6 a 1/3) quando o erro for evitável, pois haverá potencial para conhecer a ilicitude, elemento suficiente para que haja culpabilidade.

O erro de proibição, por incidir na culpabilidade, *jamais afastará o dolo,* que é elemento da conduta e, por isso, só será afastado por erros de tipo.

1) Erro inevitável/invencível/escusável

   Consequência: afasta a culpabilidade = isenta de pena (não há crime) – ex.: certos crimes ambientais.

2) Erro evitável/vencível/inescusável

   Consequência: não afasta a culpabilidade, mas a pena é diminuída de 1/6 a 1/3 (p. ex.: eutanásia).

Subdivisão do erro de proibição

Esta divisão *não interfere* em nada nas consequências do erro, que se vinculam apenas à sua natureza inevitável ou evitável.

1) *Direto:* é aquele em que o agente diretamente acha que não é proibido o que faz (p. ex.: crime ambiental).
2) *Indireto/erro de permissão:* é aquele em que, para poder achar que não é

proibido o que faz, o agente primeiro passa pela errônea crença de que há uma permissão para sua conduta, ou seja, erra quanto à existência ou aos limites de uma excludente de ilicitude (p. ex.: eutanásia e matar quem furta).

Este erro também dá origem a uma situação de *legítima defesa putativa*, pois o agente acredita estar na excludente quando isto não ocorre; porém, diferentemente do erro de tipo permissivo, não se trata de um erro quanto a situação fática, mas, sim, quanto a valoração do agente quanto a existência ou os limites de uma excludente de ilicitude.

Atenção: quais as naturezas jurídicas da legítima defesa putativa em nosso ordenamento em face da adoção da Teoria Limitada?

Quando o agente errar a respeito da situação fática em que se encontra, prevista no tipo penal permissivo da legítima defesa (p. ex.: agressão), a legítima defesa putativa será produto do *erro de tipo permissivo*, sendo causa de exclusão da tipicidade e de isenção de pena (inevitável), ou somente causa de exclusão do dolo (evitável).

Quando o agente se equivocar quanto à valoração do caráter ilícito do que faz devido ao limite ou mesmo à existência de uma causa de exclusão da ilicitude (p. ex.: acha que pode matar quem furta, estando em legítima defesa), a legítima defesa putativa será produto de um *erro de proibição indireto*, ou *erro de permissão*, e será causa de exclusão da culpabilidade (inevitável), ou, então, apenas uma causa de diminuição de pena (evitável).

15.2.2 Erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º, CP)

Ocorre quando um terceiro leva outrem a errar a respeito daquilo que faz, ou seja, determina um erro quanto à realização de um crime, sendo que, de acordo com o Código Penal, responderá pelo crime apenas o terceiro que determinou o erro.

Observação: embora não haja previsão legal, o erro determinado por terceiro também deve ser classificado como inevitável ou evitável, ou seja, invencível ou vencível, ou, ainda, escusável ou inescusável, para que, de acordo com essa classificação, seja possível determinar suas consequências.

De acordo com a maioria da doutrina nacional, o erro determinado por terceiro é subespécie de erro de tipo por estar previsto no art. 20 do Código Penal, estando ligado a erros a respeito dos fatos praticados por quem foi induzido a erro pelo terceiro e, portanto, podendo ter duas consequências:

1ª) *Erro inevitável:* afasta o dolo e a culpa do agente, imputando crime apenas ao

terceiro que determina o erro (autoria mediata).

2ª) *Erro evitável:* responderá pelo crime doloso o terceiro que determinou o erro e pelo crime culposo aquele que foi *induzido a erro*, devido a sua falta de cuidado ao errar.

Exemplo: pessoa que determina a alguém que ministre veneno em outrem, fazendo com que ela pense ser um medicamento, a substância que está ministrando.

Observação: embora a doutrina nacional pouco mencione, entendemos que o *erro determinado por terceiro* poderá ter natureza de erro de proibição quando não se tratar de um erro a respeito dos fatos praticados, mas, sim, quanto ao caráter ilícito do que está sendo feito.

Sendo assim, podem-se definir duas consequências diversas para o erro determinado por terceiro, quando este se der no plano do *erro de proibição*:

1ª) *Erro inevitável:* afasta a culpabilidade e o crime pela falta de potencial conhecimento da ilicitude, imputando o fato apenas ao terceiro que determinou o erro.

2ª) *Erro evitável:* impõe que o terceiro deve responder pelo crime, porém também responderá quem foi induzido ao erro, sendo que este deverá responder pelo crime doloso com sua pena reduzida de 1/6 a 1/3 em face do erro de proibição.

Exemplo: advogado que afirma não ser crime a conduta de usar droga, ou afirma ter conseguido autorização para uma eutanásia.

15.2.3 Erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º, CP), "erro sobre quem é a pessoa" ("error in personae")

Trata-se de um erro de valoração quanto à *identidade do sujeito passivo*, ou seja, o agente se confunde a respeito de quem é a pessoa, por isso podemos dizer que se trata do erro do "irmão gêmeo", ou, ainda, do erro "do baile de máscara".

Neste erro o agente responderá pelo crime como se tivesse atingido a pessoa visada inicialmente, com todas as suas características (agravantes, atenuantes, causas de aumento, diminuição, qualificadoras etc.).

Exemplo: hipótese em que a mãe, logo após o parto, sob influência do puerpério, mata o filho de outrem acreditando ser o seu. Neste caso, a consequência do erro será imputar a ela o crime de infanticídio (art. 123, CP), mesmo tendo matado o filho de outrem, o que na verdade configura homicídio (art. 121, CP), afetando assim a própria tipificação do fato.

Observação: o erro sobre a pessoa é incompatível com o crime impossível já que o primeiro dá preponderância aos *aspectos subjetivos*, ou seja, a quem o agente queria atingir independentemente do plano objetivo, ou seja, das características de quem o agente atingiu.

Já o crime impossível é exatamente o oposto, pois ignora o dolo do agente de praticar um crime, dando preponderância ao fato de que *objetivamente a lesão ao bem é impossível*.

Assim, no caso concreto em que a mãe, logo após o parto e sob influência do estado puerperal, confunde-se e mata o filho de outrem, mas se descobre que naquele momento o verdadeiro filho já estava morto (sem que a mãe soubesse disso), não será possível comunicar as consequências do crime impossível (atipicidade) ao fato praticado, qual seja a morte do filho de outrem.

Neste caso, a melhor posição é manter a imputação do infanticídio já que no plano subjetivo da mãe, por não saber da morte do seu filho, ela praticava infanticídio.

Seria possível defender a tese de atipicidade apenas com base na leitura crua do texto de lei, o que não é o correto, ou, ainda, alternativamente, afastar as consequências do erro em razão de a vítima visada já estar morta e imputar apenas o crime de homicídio que objetivamente ocorreu (tese acusatória).

15.2.4 "Aberratio ictus", também chamado de erro de execução (art. 73, CP)

Trata-se de um erro na realização objetiva da conduta, ou seja, o agente visa a atingir determinado alvo, erra e acaba acertando em outro. Logo, pode-se dizer que este é o *"erro da bala perdida"*, por isso um erro na execução concreta da conduta.

As consequências deste erro serão as mesmas do erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º), quais sejam, imputar ao agente o crime produzido como se tivesse atingido a vítima visada originariamente, com todas as suas características, que podem agravar, atenuar, qualificar, aumentar, diminuir ou até mesmo afastar a pena.

Havendo a produção do resultado desejado e também de outro, ou seja, o agente atinge a vítima visada inicialmente e também um terceiro, afasta-se a aplicação das consequências do erro, utilizando-se normalmente as regras do concurso formal perfeito (art. 70), ou seja, aplica-se a pena do crime doloso praticado, aumentada de 1/6 à metade, em face do resultado produzido culposamente (*aberratio ictus* com unidade complexa de resultados).

Em hipótese de *aberratio ictus*, seja na comum, em que só se produz um resultado em erro, ou na com unidade complexa, em que se lesiona a vítima visada e um terceiro, não será possível se aplicarem as regras do art. 73 nem do art. 70, respectivamente, quando quanto ao resultado produto do erro não houver sequer previsibilidade, falta de cuidado, culpa, sendo este produto de um fortuito e não caracterizando o crime.

Exemplo: conduta de executar alguém em local ermo, porém a bala atinge outra pessoa, cuja presença no local era imprevisível.

Observação: de acordo com a maioria da doutrina, é possível se conjugar o *aberratio ictus* com a situação de legítima defesa, fazendo com que aquele que agiu em excludente de ilicitude, mas devido ao erro de execução atingiu um terceiro, não responda pelo crime, comunicando-se as consequências da excludente de ilicitude a lesão produzida no terceiro.

Entretanto, também é majoritário o entendimento de que cabe ação civil de indenização pela vítima lesionada, ou seus familiares, contra quem praticou a conduta lesiva, cabendo ainda, a este, ação de regresso contra o agressor originário que deu causa à reação praticada em legítima defesa.

15.2.5 "Aberratio criminis", também chamado de "aberratio delicti" (art. 74)

Trata-se do erro quanto ao objeto a ser atingido, ou seja, quanto ao bem jurídico lesionado, já que nele o agente pretende praticar um crime contra um patrimônio (p. ex.: dano – art. 163), mas acaba atingindo uma pessoa (p. ex.: lesão corporal – art. 129, ou homicídio – art. 121), ou, ainda, na situação inversa, quando quer atingir pessoa e acaba lesionando um patrimônio.

Neste caso, o art. 74 determina que o agente deverá responder exclusivamente pelo resultado produzido, a título de culpa, desde que haja previsão da forma culposa do crime praticado, ignorando-se a tentativa do crime doloso praticado.

Desta forma, percebe-se que as consequências do *aberratio criminis* só poderão ser aplicadas na primeira hipótese mencionada, qual seja, na *relação coisa para pessoa*, pois na situação inversa (*pessoa – coisa*), como não há previsão de *dano culposo*, aplica-se normalmente a tentativa do crime doloso realizado (arts. 121/129).

1)	Coisa (art. 163) Dano Tentativa de dano	Pessoa (arts. 129/121)	= Resp. pelo resultado por culpa, se houver.
2)	Pessoa (arts. 129/121) Dolo	Coisa (art. 163) Não há forma culposa	= Não há forma culposa (dano). Não se aplica o art. 74, CP.

Observação: caso o agente produza a lesão pretendida e também um outro resultado lesivo a um bem jurídico diverso, deve-se aplicar a regra do *concurso formal de crimes* (art. 70), aplicando a pena do crime doloso realizado, aumentada de 1/6 a 1/2 em face do resultado culposo gerado.

Entretanto, isto só será possível na relação "*coisa – pessoa*", na qual ambos os resultados são considerados crimes, quais sejam, *dano doloso e lesão corporal ou homicídio culposo*.

Na hipótese inversa, haverá apenas o *crime de lesão corporal dolosa ou homicídio doloso, não havendo concurso formal*, pois o dano culposo também gerado não caracteriza crime.

15.2.6 Erro mandamental ou erro de mandamento

Ocorre quando o agente se equivoca a respeito do seu *dever de agir nos crimes omissivos*, principalmente quando nas hipóteses do garantidor que se equivoca quanto ao seu dever de agir, de enfrentar o perigo e evitar o resultado.

É possível separar duas naturezas jurídicas para esse erro:

1ª) *Erro de tipo* como causa de exclusão de dolo e culpa (erro inevitável) ou apenas do dolo, punindo-se a modalidade culposa (erro evitável).

Quando o agente se equivoca quanto à situação fática que está ocorrendo e que lhe impõe o dever de agir, no caso do garantidor, de evitar o resultado.

Exemplo: o pai que não sabe que quem está se afogando é seu filho e resolve não enfrentar o perigo, apenas chamando os bombeiros.

2ª) *Erro de proibição* como causa de exclusão da culpabilidade (erro inevitável), ou apenas causa de diminuição de pena de 1/6 a 1/3 (erro evitável), respondendo o agente pela forma dolosa.

Quando o agente se equivoca a respeito dos *limites ou da existência* do seu dever de agir diante de uma situação concreta percebida, ou seja, um erro de valoração quanto ao dever de atuar.

Exemplo: médico, funcionário público, que acha que seu dever de agir não

alcança atender perigoso traficante baleado pela Polícia, ou pessoa contaminada com HIV.

16. Concurso de pessoas (ou agentes)

Conceito: ocorre quando dois ou mais agentes concorrem para a prática de determinado crime, ligados por um acordo de vontades, liame subjetivo, podendo ocorrer por meio de uma *coautoria* ou de *participação*.

O Código Penal, em seu art. 29, adotou a *Teoria Monista* para delimitação do concurso de pessoas, pela qual todo aquele que concorre para a prática de um crime responde pelas penas a ele cominadas, ou seja, há um crime único para *autor, coautor e partícipe*.

Porém, afirma-se que essa teoria foi temperada, relativizada, mitigada, já que cada um responderá na medida da sua culpabilidade e, ainda, porque o Código Penal permite certas exceções, em que é possível atribuir crimes diversos para os participantes do fato.

Embora autores, coautores e partícipes respondam pelo mesmo Tipo penal, há diversas circunstâncias que serão individuais e permitirão ao juiz estabelecer sanções diversas para cada um dos participantes, em função da importância e da gravidade de sua colaboração para a empreitada criminosa (p. ex.: participação de menor importância – art. 29, § 1º, CP).

Exemplos de exceções à *Teoria Monista*: cooperação dolosamente distinta (art. 29, § 2º, CP), que estudaremos adiante, e o crime de aborto (arts. 124 e 126, CP). Exemplo: a gestante responde pelo *autoaborto* (art. 124) e seu coautor pelo crime *aborto com consentimento* (art. 126).

17. Autoria

17.1 Critérios delimitadores da autoria

17.1.1 Critério restritivo

Autor é aquele que realiza pessoalmente o verbo núcleo do tipo penal, sendo que todo aquele que de outra forma colaborar para a prática de algum crime será considerado *partícipe*.

Este critério, embora ainda tenha adeptos em nossa doutrina e jurisprudência, não atende a diversas situações concretas, sendo falho na solução de inúmeros casos.

Exemplo: mandante contrata “x” para matar “y”; nesse caso, “x” é o autor e o

mandante seria mero partícipe. Algo desproporcional em face da importância do mandante na empreitada criminosa.

17.1.2 Critério extensivo

Não diferencia no plano objetivo autoria de participação e, por isso, considera que todo aquele que de certa forma colaborar para a realização de um crime deverá ser considerado autor, ou coautor.

Este critério praticamente não possui adeptos em nosso ordenamento no que tange à delimitação da autoria em crimes dolosos, pois evidentemente não é satisfatório, já que trabalha com autores e partícipes como se fossem a mesma coisa.

Entretanto, atualmente este critério extensivo vem sendo adotado pela maioria da nossa doutrina para definir a *autoria nos crimes culposos*, já que nestes, majoritariamente, *não se admite a participação*. Desta forma, nos crimes culposos, todo aquele que, com seu comportamento descuidado, imprudente, negligente, contribuir para a ocorrência de um resultado típico (culposo), será considerado autor deste crime, não havendo espaço para participação.

17.1.3 Critério do domínio final do fato

Autor será aquele que possuir o *domínio sobre o final dos fatos*, ou seja, possuir o comando e o controle da situação; isso, independentemente de realizar, ou não, o verbo núcleo do tipo penal.

Embora haja divergência, este vem sendo o critério preponderante em nossa doutrina moderna, desvinculando assim o conceito de autoria da prática do verbo núcleo do tipo penal.

Em outras palavras, de acordo com o *domínio final do fato*, autor é aquele que detém as "*rédeas*" da situação em suas mãos, podendo modificar, ou mesmo impedir, a ocorrência dos fatos, e com isso se tornou possível separar algumas espécies de autoria.

17.2 Espécies de autoria

1) *Autoria direta* ocorre quando o autor está diretamente vinculado à realização do fato, possuindo o domínio final sobre ele e podendo atuar de duas formas:
   a) *autor/executor:* possuindo domínio final do fato, realiza o verbo núcleo do tipo penal;
   b) *autor/intelectual:* é aquele que, possuindo o domínio final do fato, planeja,

elabora, organiza a prática do crime, que será executado por um terceiro que também possui domínio final do fato, havendo nesse caso uma coautoria.

2) *Autoria mediata ou indireta* ocorre quando determinado agente (autor mediato) se utiliza de um terceiro que não possui o domínio final do fato para executar a conduta. Portanto, apenas o *autor mediato*, ou "autor por detrás", responderá pelo crime, já que aquele que executa a conduta, por não possuir o domínio final do fato, não será autor, mas um *mero executor da ação*, não respondendo pelo crime.

17.3 Hipóteses de autoria mediata

17.3.1 Coação moral irresistível e obediência hierárquica (art. 22, CP)

O autor da coação ou da ordem (autor mediato) responde pelo crime, pois o coagido ou o subordinado, embora realize a conduta típica, não possui domínio dos fatos e, por isso, não responderá pelo crime, que será imputado apenas ao autor mediato. "Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem" (art. 22).

17.3.2 Erro determinado por terceiro (art. 20, § 2º)

Responde pelo crime apenas o terceiro que determinou o erro (autor mediato), quando o executor da ação atua sem o domínio sobre os fatos em razão do erro. Isto ocorre apenas quando se tratar de um erro inevitável a respeito daquilo que realiza. "§ *2º Responde pelo crime o terceiro que determina o erro."*

17.3.3 Uso do agente inimputável

Ocorre quando o autor mediato se utiliza de um inimputável para realizar o fato, sendo que este não responde pelo crime, pois não possui culpabilidade e não será sequer considerado autor do crime, em função da sua falta de domínio final do fato, respondendo apenas o terceiro, que se utilizou dele. Ex.: doentes mentais.

Observações:

- Para a maioria da doutrina, os crimes de mão própria (p. ex.: falso testemunho – art. 282, CP, desobediência – art. 330, CP) não admitem a autoria mediata, estando vinculados a um critério restritivo de autoria e

exigindo que o autor realize pessoalmente o verbo núcleo do tipo penal, com as “próprias mãos”.

- Majoritariamente entende-se que a coação física irresistível não dá origem à autoria mediata, já que o coagido sequer realiza conduta, havendo, portanto, autoria direta de quem coage. Desta forma apenas a coação moral irresistível gera a autoria mediata (divergente: p. ex.: Rogério Greco, afirmando que a coação física irresistível também gera autoria mediata).

17.4 Coautoria

Nada mais é que uma autoria conjunta, em que dois os mais agentes mediante um acordo de vontades (liame subjetivo), todos possuindo o domínio final do fato, concorrem para a prática de determinado crime.

Exemplo: “x” e “y” invadem juntos a casa de “z” e furtam todos os objetos eletrônicos. Isto é, “x” e “y” são autores, sendo coautores um do outro, pois agiram em conjunto e ambos possuem domínio final do fato (liame subjetivo).

Portanto, nas bases da Teoria Monista e do critério do domínio final dos fatos, adotados por nós, *não há diferença* entre ser autor e coautor, e a coautoria pode se dar de duas formas:

1ª) Quando todos os coautores, com domínio final dos fatos e ligados por um vínculo psicológico, liame subjetivo, concorrem para a prática do crime, cada um realizando, pessoalmente, a integralidade da conduta típica prevista.

2ª) Divisão de tarefas, ocorrendo quando cada um dos agentes desempenha uma função essencial, fundamental e necessária para a conduta criminosa, sendo que, devido à essencialidade desta função, ao dominar sua função passa a ter o domínio final dos fatos, razão pela qual, modernamente, em *divisão de tarefas*, fala-se num *critério de domínio funcional dos fatos*, que nada mais é do que um desdobramento do critério do domínio final dos fatos.

Exemplo: assalto ao banco com 03 agentes, cada um com sua função. Um aguarda no carro, o segundo rende o segurança e terceiro abre o cofre. Isto é, se um deles abandonar sua função, os fatos mudam ou deixam de ocorrer e com isso a colaboração de cada um será essencial para a conduta criminosa ser consumada, concedendo a cada um dos agentes o domínio final dos fatos.

Observação: lembrar que “Teoria Monista (art. 29, CP) = concurso de pessoas = liame subjetivo = acordo entre as partes = único crime para todos os coautores”.

17.4.1 Coautoria sucessiva

Ocorre quando determinado agente integra a realização de um crime, mediante acordo de vontades e com domínio final do fato, após o início da execução do fato por outro agente.

Neste caso, haverá Coautoria normalmente por parte deste novo integrante, que responderá pelo mesmo crime que o autor estiver realizando, somente não sendo imputado por fatos autônomos que já tenham ocorrido antes de sua entrada na empreitada criminosa.

De acordo com a maioria da doutrina, a Coautoria sucessiva pode ocorrer mesmo após o crime já estar consumado, desde que este ainda não esteja exaurido, algo que terá aplicação prática fundamentalmente nos crimes formais, em que a Consumação e o exaurimento poderão ocorrer em momentos diferentes.

Exemplo: determinado agente passa a integrar um crime de *extorsão mediante sequestro* (art. 159, CP) após a privação da liberdade estar consumada, porém antes do recebimento do resgate. E tendo este uma tarefa essencial (p. ex.: receber o resgate) poderá ser considerado coautor do crime.

17.4.2 Autoria colateral (autores paralelos)

Conceito: ocorre quando dois ou mais agentes, um sem saber do outro, atuam simultaneamente em uma situação fática. Por não haver liame subjetivo (acordo entre as partes), não há que se falar em concurso de pessoas e, por isso, não se aplica a Teoria Monista, fazendo com que cada um responda apenas por aquilo que tiver feito, como autor independente.

No exemplo de um homicídio, aquele que alcançou o resultado responde por sua forma consumada, enquanto os outros, autores colaterais, respondem pela tentativa.

Exemplo: “a” e “b” são desafetos de “c”. Simultaneamente, mas um sem saber do outro, “a” atira no peito de “c” e “b” atira no braço de “c” e “c” morre. Mediante perícias, detecta-se que “c” morreu pela arma de “a”. Sendo assim, “a” responde por homicídio consumado e “b” responde por tentativa.

Autoria colateral incerta

Ocorre quando em hipótese de autoria colateral não é possível se identificar qual dos agentes deu causa ao resultado, e, portanto, pela falta de liame subjetivo, não será possível imputar o resultado para ambos e cada um

responderá pela tentativa, nas bases do princípio do *in dubio pro reu* e da presunção de não culpabilidade, ou inocência.

Exemplo: “a” e “b” são desafetos de “c”. Simultaneamente, mas um sem saber do outro, “a” atira no peito de “c” e “b” atira no braço de “c” e “c” morre. Mediante perícias, não é possível detectar qual dos dois disparos matou “c”.

Sendo assim, “a” responde por homicídio tentado e “b” também responde por homicídio tentado, já que não é possível imputar a morte a ambos, pois não há liame subjetivo entre eles.

18. Participação

É a colaboração dolosa em um fato principal do autor, sem domínio final do fato e de forma acessória. O partícipe contribui com o autor, mas, não sendo esta contribuição essencial para o crime, não possui o domínio final dos fatos, por isso não será considerado coautor, mas somente partícipe. Ainda assim, de acordo com a Teoria Monista, ambos, autor e partícipe, responderão pelo mesmo crime, na medida de sua culpabilidade.

18.1 Teorias da acessoriedade

Como a participação é uma colaboração acessória em relação ao fato principal do autor, estas teorias buscaram determinar quais as características necessárias à conduta deste autor para que se possa atribuir responsabilidade penal a quem participou (partícipe), colaborando com o fato principal.

1) *Acessoriedade mínima:* exige apenas que o fato principal do autor seja típico para que o partícipe possa responder pelo crime. Logo, mesmo que o autor seja absolvido por uma excludente de ilicitude, o partícipe que colaborou para o fato típico continua respondendo pelo crime.
2) *Acessoriedade limitada:* exige que o fato principal do autor seja típico e ilícito para que o partícipe possa responder pelo crime. Logo, havendo uma excludente de ilicitude na conduta do autor, o partícipe também será beneficiado por ela, não respondendo pelo crime.
3) *Acessoriedade extremada:* exige tipicidade, ilicitude e culpabilidade na conduta do autor para que se possa imputar o crime ao partícipe. Ou seja, se o autor não possuir culpabilidade o partícipe também não responderá pelo crime. Não é adequada, pois o juízo de reprovação da culpabilidade é individual e não deve se comunicar aos demais participantes do fato.
4) *Hiperacessoriedade:* exige tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade

na conduta do autor para que haja participação punível. Esta teoria exige que todos os elementos do crime e também a punibilidade estejam presentes na conduta do autor para que o partícipe possa ser responsabilizado, algo que é excessivo e desproporcional. Exemplo: caso o autor morra (causa de extinção da punibilidade), o partícipe não poderia ser imputado pelo crime praticado, para o qual colaborou.

O nosso ordenamento adotou, de acordo com a ampla maioria da doutrina nacional, a *Teoria da Acessoriedade Limitada* e, por meio desta, para que se possa imputar o crime a um partícipe, a conduta principal do autor deverá ser *típica e ilícita*; portanto, como dissemos, se o autor atuar protegido por uma excludente de ilicitude, essa também afastará a responsabilidade do partícipe.

Exemplo: "A" pede arma para "B" para matar seu desafeto "C". Porém, antes de realizar seu intento, "A" se vendo ameaçado em uma emboscada antecipadamente montada por "C" lhe dá um tiro, agindo em legítima defesa. Logo, "B" (partícipe) também será absolvido pela legítima defesa realizada pelo autor "A".

18.2 Formas de participação

1) *Induzimento (participação moral):* é fazer surgir a ideia do cometimento do fato; criar uma vontade de praticar algo, na cabeça do autor. O partícipe cria a ideia e a vontade de cometimento do crime no autor, que acaba realizando o fato.
2) *Instigação (participação moral):* ocorre quando o agente incita, estimula, amplia uma vontade preexistente, para levar o agente a realizar algo. O autor já tinha a ideia e a vontade de cometer o crime em sua cabeça, mas na verdade lhe faltava coragem, e devido à instigação o autor resolve realizar o fato.

Exemplo: "A" afirma que quer matar "B" pois acredita que está sendo traído, mas ainda não teve coragem para isso. Então "C", seu amigo, incentiva-o, incita-o, dizendo que tem que matar mesmo, que ele está mesmo sendo traído e, assim, "A" mata "B". Tanto "A" quanto "C" irão responder por homicídio.

3) *Auxílio ou Cumplicidade:* é a contribuição, colaboração que de alguma forma facilita, propicia a prática do crime; podendo ser de natureza material (instrumentos, armas, meios e modos de execução), ou ainda de natureza moral (conselho, dica).

Observação: importante lembrar que, conforme a *Teoria Monista*, em qualquer

das formas de participação, o partícipe irá responder pelo mesmo crime que o autor.

18.2.1 Participação em cadeia

Nada impede que haja uma participação em cadeia, quando determinado agente participa da atuação de alguém e este alguém vem a ser partícipe do crime realizado pelo autor.

Neste caso, todos os envolvidos na participação responderão como partícipes e igualmente pelo crime realizado pelo autor.

Exemplo: “A” induz “B” a instigar “C” a cometer o crime. Nesse caso, todos (“A” e “B”) serão partícipes, respondendo pelo crime praticado pelo autor (“C”).

18.2.2 Participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP)

> Art. 29. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.
> § 1º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

Este instituto é exclusivamente aplicado à *participação*, não sendo cabível à coautoria, em face da Teoria do Domínio Final do Fato, pois não é possível se falar de uma coautoria de menor importância, pois autor é quem tem domínio sobre os fatos e assim deve ter dado uma contribuição essencial para o crime.

Este instituto permite ao juiz diminuir a pena do partícipe de 1/6 a 1/3, quando constatar que a colaboração dada por ele para a empreitada criminosa foi de pequena relevância.

Há um certo grau de subjetividade na avaliação da natureza de menor importância, ou não, de uma participação, porém algumas hipóteses são mais compatíveis com esta diminuição de pena, por exemplo, a instigação e o auxílio moral.

19. Cooperação dolosamente distinta (art. 29, § 2º, CP)

> § 2º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Ocorre quando determinado agente quer colaborar para certo crime, seja como coautor ou partícipe, entretanto o autor (executor) acaba realizando um

crime diverso, mais grave, do que aquele para o qual o participante quis contribuir. Nesse caso, imputa-se ao *participante* (coautor ou partícipe) apenas o crime para o qual quis colaborar, e o autor responderá por todos os fatos que tiver realizado.

Exemplo: o partícipe quer colaborar para o furto e empresta uma escada para o autor, porém dentro da residência este acaba realizando um estupro. O partícipe responderá apenas pela participação no crime de furto, e o autor, pelo furto e estupro em concurso material.

Porém, de acordo com expressa previsão legal, se o resultado mais grave era *previsível* para o participante, este continua respondendo apenas pelo crime menos grave para o qual quis colaborar, mas *sua pena será aumentada até a metade*, em face da previsibilidade (possibilidade de prever) da ocorrência do resultado mais grave.

Exemplo: certo agente quer colaborar para o Roubo e empresta a arma ao autor, que durante o assalto ao banco acaba produzindo um Latrocínio. O partícipe responderá pelo crime de Roubo qualificado pelo uso da arma, com a pena aumentada até a metade, enquanto o autor (executor) responderá pelo Latrocínio.

20. Divergências a respeito do concurso de pessoas (coautoria e participação)

20.1 Cabe coautoria em crime culposo?

Há duas correntes:

1ª) Não é possível, pois no crime culposo não haverá liame subjetivo, acordo de vontades, para a prática de crime, já que, na culpa, o resultado típico não é desejado pelo próprio autor.

Logo, se dois agentes atuam simultaneamente, em conjunto, faltando com o cuidado, e produzem um resultado típico, cada um será autor independente do seu próprio crime culposo, mas não serão vistos como coautores. (Nesse sentido Luiz Regis Prado, Nilo Batista e Juarez Tavares – *posição minoritária*.)

2ª) É possível, pois o liame subjetivo exigido para a coautoria seria apenas para a prática de um ato, e não necessariamente para a prática de *crime*, sendo que, se dois agentes acertam a prática de um ato conjunto que caracterize uma falta de cuidado e deste ato surgir um resultado típico culposo, haverá coautoria no crime culposo causado. (Nesse sentido Rogério Greco e César Roberto Bitencourt – *posição majoritária*.)

Exemplo: dois agentes combinam se livrar de uma tábua que está atrapalhando sua passagem em uma construção, cada um segura em um lado e arremessam a tábua do alto do prédio em um terreno baldio. Se a tábua atingir uma pessoa, que por acaso passava pelo local, ambos responderão como *coautores* do homicídio culposo praticado.

20.2 Cabe coautoria em crimes omissivos?

Há duas correntes:

1ª) Não. Pois embora seja até possível o liame subjetivo, acordo de vontades para a omissão, a conduta omissiva é autônoma para cada agente que se omite do seu dever de agir e, por isso, a omissão de um não contribui, não colabora, para a omissão do outro, não havendo como se falar em divisão de tarefas nem mesmo em prática conjunta de omissão. Desta forma, cada um dos agentes será sempre autor independente da sua própria omissão, não havendo Coautoria. (Nesse sentido Luiz Regis Prado, Nilo Batista e Juarez Tavares – *posição minoritária.*)

2ª) É possível, desde que haja o liame subjetivo, acordo de vontades para a não atuação conjunta, gerando assim uma coautoria no crime omissivo, seja ele omissivo impróprio (garantidores), seja omissivo próprio (p. ex.: art. 135, CP). (Nesse sentido Rogério Greco e César Roberto Bitencourt – *posição majoritária.*)

20.3 Cabe participação em crimes omissivos?

Há duas correntes:

1ª) Não. Pois sempre que houver uma participação relevante na omissão de outrem haverá uma autoria por parte desse agente da sua própria omissão, pois, ao colaborar para a omissão de alguém, o agente normalmente estará também se omitindo do seu dever (geral ou especial) de agir (p. ex.: ao induzir alguém a não atuar, o agente também estará se omitindo, devendo responder pelo crime omissivo próprio ou impróprio como autor). (Nesse sentido Luiz Regis Prado, Nilo Batista e Juarez Tavares – *posição minoritária.*)

2ª) É possível, embora rara, a participação na omissão de outrem. Isto pode ocorrer em certas hipóteses específicas em que o partícipe não tenha possibilidade de ação, diante da situação concreta, e, portanto, não possa ser reconhecido como autor do seu próprio crime omissivo, porém, de certa forma, tenha colaborado na omissão de outro (p. ex.: paraplégico na praia

que induz alguém a não agir diante de situação de perigo, não podendo ser autor de uma omissão, pela impossibilidade de atuar, e neste caso será partícipe do crime omissivo praticado pelo autor. (Nesse sentido Rogério Greco e César Roberto Bitencourt – *posição majoritária*.)

20.4 Cabe participação em crime culposo?

Há duas correntes:

1ª) Não, pois é preciso ter dolo de colaborar para um crime para que haja participação, sendo que na culpa, pelo resultado ser produto de falta de cuidado, isto é inviável.

Além disso, como não se utiliza o domínio final do fato para crimes culposos, nestes, todo aquele que com sua falta de cuidado contribuir para o resultado típico deverá ser considerado autor do crime culposo.

Desta forma, percebe-se a opção da maioria da doutrina nacional em adotar o *critério extensivo* para delimitação da autoria nos crimes culposos e, por isso, o simples ato de contribuir culposamente para a produção de um resultado a título de culpa já caracteriza autoria nestes crimes. (Nesse sentido Luiz Regis Prado, César Roberto Bitencourt e Nilo Batista – *posição majoritária.*)

2ª) Sim. De forma divergente e seguindo o *critério restritivo* (prática do verbo) para delimitar a autoria nos crimes culposos, seria possível se falar em *participação culposa em crime culposo*, quando determinado agente, faltando com cuidado, contribui culposamente, por meio de um induzimento, instigação ou auxílio, para a realização da conduta imprudente de outrem (autor), que dá origem ao resultado típico.

Autor será aquele que *por culpa realizar o verbo* núcleo do tipo penal, que por imprudência praticar a conduta, e o *partícipe* do crime culposo será aquele que por falta de cuidado, de alguma forma, *contribuir para isso* (p. ex.: o carona (partícipe) que instiga o motorista (autor) a correr, vindo este a matar alguém no acidente). (Nesse sentido Rogério Greco – *posição minoritária.*)

Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal* – Parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal* – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. 1 e 2.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal* – Parte geral. vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito.* Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal* – Curso completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte geral. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DOTTI, René Ariel. *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. t. 1., v. 1.

GOMES, Luiz Flavio. *Erro de tipo e erro de proibição*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1955. t. 2, v. 1.

JAKOBS, Gunther. *A imputação objetiva no direito penal.* Tradução de André Luiz Callegari. São Paulo: RT, 2000.

JAKOBS, Gunther. *Derecho penal* – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madri: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal* – Parte general. Tradução e acréscimos por S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, 1981. v. 1 e 2.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal* – Parte geral. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal*. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2003. t. 1 e 2.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal.* Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado* – Parte geral. 2. ed. São Paulo: GEN/Metodo, 2009.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. v. 1 e 2.

MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1990.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal.* Tradução de José Arturo Rodriguez Muñoz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1935. t. 1 e 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal* – Parte geral. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal* – Introdução e parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

v. 1.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal* – Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal* – Parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

RODRIGUES, Cristiano. *Direito penal por meio de questões* – Parte geral e especial. São Paulo: GEN/Metodo, 2010.

RODRIGUES, Cristiano. *Temas controvertidos de direito penal.* 2. ed. São Paulo: GEN/Metodo, 2010.

RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade e teoria do erro*. 3. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Tradução e notas de Diego Manuel Luzón Pena et al. Madri: Civitas, 2000. t. 1: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2004.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência* (uma contribuição à teoria do crime culposo). São Paulo: RT, 1985.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teorias do delito* (variações e tendências). São Paulo: RT, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho penal* – Parte general. Tradução de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: De Palma, 1956.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal* (uma introdução à doutrina da ação finalista). Tradução e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

WESSELS, Johannes. *Direito penal* – Parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1976.