

## TEORIA DO CRIME

A teoria do crime ou delito estuda todos os elementos e pressupostos para que se possa reconhecer que foi praticado um crime.

Muito embora aqui no Brasil boa parte da doutrina ainda sustente que esses pressupostos são dois - fato típico e antijurídico - certo é que essa controvérsia sobre ser o delito bipartite ou tripartite só existe no Brasil, porque no exterior não se discute que crime, pelo menos em seu conceito formal, analítico, possui três pressupostos ou três requisitos: **conduta típica, antijurídica e culpável.**

Nosso estudo partirá desse pressuposto que **CRIME é FATO TÍPICO, ANTIJURÍDICO E CULPÁVEL.**

Na teoria do crime, serão estudados esses três elementos com suas respectivas características: o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade do agente. Tudo isso é necessário para que se reconheça, no mundo exterior, o acontecimento criminoso.

O argumento daqueles que não consideram a culpabilidade requisito do crime, mas sim mero pressuposto de aplicação da pena, não convence. Isto porque, na realidade, é evidente que a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena, porque a pena é consequência que advém da prática de um crime. Mas a culpabilidade é tão pressuposto de aplicação da pena quanto à ilicitude, porque sem esta não há crime.

### FATO TÍPICO

A dogmática dividiu o fato típico em direito penal em quatro partes com vistas a facilitar o seu estudo didático.

São partes do fato típico:

- **conduta em seu sentido jurídico penal;**

- **relação de causalidade (nexo causal);**
- **resultado e;**
- **tipicidade.**

Deve-se observar que a própria divisão do crime é meramente didática, porque obviamente o crime é um acontecimento único, indivisível, não se tem como precisar em que momento o sujeito ingressa no fato típico e depois passa para a ilicitude, e posteriormente para a culpabilidade. Tudo isso ocorre no mesmo instante.

É fundamental, para constatar a incidência da lei penal que, primeiro, se verifique se houve um fato típico, se é ilícito, produziu resultado, sendo culpável o agente.

**Conduta** é toda ação ou omissão humana, dotada de voluntariedade e consciência e que tenha dado causa a produção de um resultado típico. Desse conceito se extrai a inadmissibilidade da pessoa jurídica praticar um crime.

#### FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA CONDUTA

A conduta penalmente relevante pode se manifestar de forma ativa, quando há um movimento qualquer do agente percebido pelo mundo exterior - ação - recebendo o nome de **conduta comissiva**.

A segunda forma de manifestação pode se dar mediante uma inação, quando se estará diante de uma **conduta omissiva**.

A conduta comissiva em direito penal implica na existência de um tipo penal proibindo a conduta. O crime comissivo é aquele em que o comando normativo do tipo penal espera de todos nós uma abstenção. Na verdade, o tipo de um crime comissivo não espera ação alguma, ele espera uma inação um não agir.

No crime de homicídio - matar alguém - o comando da norma é não matar alguém. É essa a mensagem emanada do tipo

penal e quando o sujeito não cumpre essa abstenção, essa inação, ele estará vulnerando a norma exposta no art. 121.

O comando normativo é sempre trocado. Em um crime de ação, o sistema jurídico espera de todos uma inação.

E, nos crimes omissivos, acontece justamente o contrário. Quando se pune em direito penal uma omissão é porque a ordem jurídico-penal aguardava uma ação, havia uma ação esperada que quando não praticada viabiliza o surgimento de um crime omissivo.

Assim é que no art. 135 - omissão de socorro - a norma jurídica espera que todos nós, indistintamente, prestemos auxílio socorrendo a pessoa que dele necessite nas hipóteses prescritas no tipo penal.

Na omissão há sempre uma ação esperada, que pode ser dirigida a todos nós indistintamente, quando, então, se estará diante de um **crime omissivo próprio**, em que o sujeito ativo é qualquer pessoa.

Essa ação esperada pode, ainda, ser dirigida a uma pessoa especificamente, aquela pessoa que tenha a vinculação com a preservação do bem jurídico - o garante - sendo aí hipótese de **crime omissivo impróprio**.

Dessa forma, a ação esperada no crime omissivo pode ser genericamente esperada de todos - crime omissivo próprio - ou essa ação esperada pode ser dirigida a uma pessoa específica - o agente garantidor - quando, então, estará presente o crime omissivo impróprio.

As duas formas de manifestação da conduta, portanto, são essas: ação ou omissão. Mas para que esteja configurada uma ação ou omissão, ela deve ser voluntária.

A **conduta voluntária** é aquela em que não ocorreu qualquer força exterior que tenha determinado essa ação ou omissão. É voluntária a conduta em que o agir ou o não agir tenha derivado da vontade do agente. Essa vontade, entretanto, não é a de causar um resultado, mas sim de atuar ou não atuar.

Há casos em que o sujeito até age ou não age, mas não se pode dizer que a sua conduta foi voluntária. *Ex. Disparo de uma arma de fogo causando a morte de uma pessoa* - não estará configurada a voluntariedade se uma outra pessoa, com uma força irresistível, tenha segurado a mão do agente forçando o disparo da arma e, com isso, causando a morte.

No exemplo acima, houve uma conduta praticada pelo agente, mas ela não é voluntária. Exclui a voluntariedade a coação física irresistível a qual, entretanto, não pode ser confundida com a coação moral, porque esta não exclui voluntariedade alguma, ela pode excluir a culpabilidade do agente.

Também não há movimento voluntário do agente quando esse movimento deriva de reflexos ou instintos naturais, que o sujeito não possa controlar. *Ex. o sujeito vai ao médico e se submete a um texto de reflexos e, no momento do exame, atinge o médico, causando-lhe lesões corporais*, o resultado típico não pode ser atribuído o agente porque o ato foi um instinto natural - ato reflexo - o que também exclui a voluntariedade da conduta.

No plano dos crimes omissivos próprios ou impróprios, também não haverá voluntariedade da conduta omissiva se o sujeito não tiver condições de agir. Assim, se o salva-vidas verifica que um banhista está se afogando na piscina e nada faz, vindo a pessoa a falecer, a princípio, o resultado morte poderá lhe ser atribuído, por força da norma do art. 13, §2º. Entretanto, se o salva-vidas não agiu porque estava amarrado na cadeira, não sendo possível se soltar, o resultado morte não poderá lhe ser atribuído, porque ele não quis se omitir, na realidade, ele não pode agir porque estava amarrado.

Nos crimes omissivos, a impossibilidade física de agir exclui a voluntariedade da omissão, não havendo, assim, conduta penalmente relevante.

Nos crimes omissivos próprios, essa situação de real impossibilidade de agir não deve ser observada no plano físico, mas sim no plano normativo, pois no plano físico é impossível, na medida em que os crimes omissivos próprios não têm

resultado naturalístico algum, sendo crimes de mera conduta, daí porque esse aspecto é analisado na esfera normativa, no dolo.

Também não haverá conduta penalmente relevante quanto esta for inconsciente. Ou seja, além da voluntariedade, a consciência é requisito fundamental para existência de conduta penalmente relevante.

Condutas praticadas em estado de inconsciência, sendo ativas, sendo omissivas, não terão sentido jurídico penal. *Ex. sujeito sonâmbulo que pratica uma ação típica* - a conduta não será penalmente relevante, pois praticada em estado de inconsciência.

O estado de hipnose também exclui a consciência para o reconhecimento da prática de conduta penalmente relevante. Sujeito submetido a um processo de hipnose não terá consciência no seu atuar, logo não estará praticando conduta relevante no âmbito penal.

No que toca aos crimes omissivos, também não haverá conduta, por faltar consciência, quando o sujeito estiver dormindo. Ele não agiu porque estava inconsciente.

### **RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA**

É bastante conturbada a questão acerca da relevância, para o direito penal, da conduta praticada pela pessoa jurídica. A questão é: pode a pessoa jurídica praticar uma conduta penalmente relevante?

Dentro do nosso sistema jurídico, que é o sistema baseado no regime romano-germânico, o brocado em latim "*Societas Delinquere Non Potest*" expressa que a pessoa jurídica não pode praticar crime.

O surgimento desse brocado derivou de uma evolução na dogmática penal em que se reconheceu a impossibilidade de alguém vir a ser responsabilizado por algum crime se não praticou uma ação dolosa ou culposa, afastando a responsabilidade penal objetiva. O

estabelecimento dessa regra decorreu de uma evolução no direito penal, uma conquista histórica do direito penal, pois está vinculado ao momento em que se passou a ser vedada a aplicação da responsabilidade objetiva.

Só há possibilidade de as duas formas de manifestação psíquica - do dolo ou culpa - serem creditadas a uma ação humana, porque, por óbvio, a pessoa jurídica não exterioriza comportamento algum por vontade própria.

No plano civil, a responsabilidade da pessoa jurídica deriva da Teoria da Ficção, mas, no campo penal, não há a possibilidade de a pessoa jurídica ter praticado uma conduta culposa ou dolosa. Só o ser humano pode agir dolosa ou culposamente, daí porque forçoso reconhecer que a pessoa jurídica não pode praticar crime.

Com o desenvolvimento das relações comerciais, foi sendo verificado que algumas condutas que encontravam tipicidade violando normas penais eram exteriorizadas por pessoas jurídicas (*ex. crimes de sonegação fiscal - a empresa é que deixa de pagar o tributo devido*), daí porque a doutrina começou a distinguir os crimes praticados pela pessoa jurídica, que são vedados porque a pessoa jurídica não age culposa ou dolosamente, dos crimes praticados por intermédio das pessoas jurídicas, os chamados crimes societários.

Embora o resultado detectado no mundo exterior possa ser imputado como tendo sido causado pela própria pessoa jurídica - porque esta não possui responsabilidade penal - o aplicador da lei deve identificar na estrutura da pessoa jurídica quais as pessoas físicas que determinaram aquele atuar. Justamente tais pessoas é que devem ser responsabilizadas pelo crime. Essas pessoas são, normalmente, os sócios da pessoa jurídica com poder de administração e gestão dela.

Ocorre que a identificação dessas pessoas nem sempre é fácil porque, por vezes, a estrutura das pessoas jurídicas é muito complexa. Tanto maior seja a pessoa jurídica, maior será a

dificuldade de se localizar, na sua estrutura, qual foi a pessoa que determinou o seu atuar.

Porque tal dificuldade vem sendo encontrada cada vez mais, a jurisprudência consagrou o entendimento, que já não é mais tão tranqüilo assim, no sentido de que, para esses crimes societários praticados através de pessoa jurídica, a denúncia não precisaria descrever a conduta de cada uma das pessoas físicas componentes da estrutura da pessoa jurídica apontadas como responsáveis pela atuação da empresa - denúncia genérica.

A questão estava pacificada nestes termos: a pessoa jurídica não comete crime porque não pratica ato doloso ou culposos, logo quem pratica o crime são as pessoas físicas que direcionam a atuação da pessoa jurídica.

Contudo, a CR'88 reacendeu a controvérsia porque em 2 passagens - arts. 173, §5º e 225, §3º - pareceu admitir a tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

**Art. 173. (CR'88) ...**

**§5º.** A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

**Art. 225. (CR'88) ...**

**§3º.** As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Esses dois artigos tratam da ordem econômica financeira (art. 173) e meio ambiente (art. 225). Com a inclusão desses dispositivos no texto constitucional, reacendeu-se a controvérsia, afirmando-se que o legislador constituinte teria dado

possibilidade a que o legislador ordinário estabelecesse hipóteses de crimes praticados por pessoas jurídicas em nome próprio.

Desses dois artigos, somente o art. 225 foi regulamentado com a edição da Lei 9605/98 que definiu crimes e infrações administrativas de cunho ambiental. Em seu art. 3º, a lei parece ter dado um tratamento especial à responsabilidade penal da pessoa jurídica.

**Art. 3º.** (Lei 9605/98). As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

**Parágrafo único.** A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Até mesmo para os partidários da tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica, somente se pode cogitar de responsabilidade penal da pessoa jurídica no âmbito dos crimes ambientais, porque somente o art. 225 foi regulamentado por lei ordinária.

Há argumentos pró e contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Os que são contrários à tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica sustentam que é um engano dizer que nessas duas passagens a Constituição admitiu a responsabilidade penal.

Segundo eles, o legislador constituinte apenas reconheceu que nessas duas matérias - econômica financeira e ambiental - é que se observa que normalmente os resultados típicos são realizados através de pessoa jurídica.

Para os contrários à tese de responsabilização penal da pessoa jurídica, o legislador constituinte apenas teria



estabelecido uma previsão específica nessas duas áreas - econômico-financeira e ambiental - determinando a necessidade de que pessoas físicas fossem criminalmente responsabilizadas e de que a lei, no âmbito da ação penal, estabelecesse também conseqüências para a pessoa jurídica. Contudo, segundo eles, tal fato não significaria dizer que as conseqüências impostas na lei teriam derivado do fato de a pessoa jurídica ter praticado o crime.

Para tal corrente, as normas constitucionais determinam que o legislador infraconstitucional possa estabelecer, além da responsabilidade penal das pessoas físicas que compõem a pessoa jurídica, que a mesma sentença proferida na ação penal atinja também a pessoa jurídica.

E essas conseqüências que podem ser impostas, pelo juiz criminal na sentença condenatória das pessoas físicas pela prática do crime ambiental ou econômico financeiro, atingindo a esfera da pessoa jurídica, não teriam natureza penal, mas sim administrativa só que impostas por um juiz criminal.

Segundo eles, a CR'88 consagra o sistema da culpabilidade, afastando a responsabilidade objetiva penal, por isso que não poderia estabelecer, de forma contraditória, esse tipo de responsabilidade para a pessoa jurídica.

Só que a Lei 9605/98 expressamente estabeleceu, em seu artigo 3º, a possibilidade dessa responsabilização. A lei foi expressa: há três espécies de responsabilidade no âmbito do meio ambiente que podem ser imputadas a pessoa jurídica - administrativa; civil e penal.

Além disso, no artigo 21, o legislador estabeleceu a possibilidade de imposição de penas à pessoa jurídica, que podem ser a multa, restritiva de direitos, e prestação de serviços à comunidade.

Os contrários à tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica argumentam que, ainda que tenha sido possível que o legislador tenha adotado a tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica, dando uma guinada de 180º graus no sistema romano-

germânico para aproximar-se do sistema anglo-saxão, que admite a responsabilidade da pessoa jurídica, haveria um empecilho de natureza processual para que a pessoa jurídica fosse efetivamente reconhecida como sendo o agente que praticou o crime.

Segundo eles a Lei 9605/98, que regulamentou o art. 225 da CR'88, apesar de ter previsto a responsabilização penal da pessoa jurídica, não estabeleceu um rito próprio para tanto, daí porque o rito a ser seguido deverá ser o comum, ordinário ou sumário, ambos estabelecidos no CPP, que consideram obrigatória a realização do interrogatório.

Acontece que a Lei 9605/98 não estabeleceu quem deverá ser submetido ao interrogatório na qualidade de pessoa jurídica, o que inviabiliza a aplicação da responsabilidade penal dela. Segundo eles, a lei foi omissa no que tange ao interrogatório, providência obrigatória no âmbito penal, por isso é que não poderia ser utilizada para a punição da pessoa jurídica.

Note-se assim, que a corrente que não admite a responsabilização penal da pessoa jurídica apresenta dois argumentos para justificar sua posição, um de natureza material, que é bastante consistente, pois fulcrado no princípio da culpabilidade, e outro de natureza formal, que não é, contudo, tão consistente quanto o primeiro.

Esses argumentos são rebatidos pelos partidários da tese da responsabilização penal da pessoa jurídica.

Quanto ao argumento de suposta afronta ao princípio da culpabilidade, tal corrente parte de uma premissa que não pode ser desconsiderada.

Para eles, é óbvio que a pessoa jurídica não pratica o crime doloso ou culposo tal como a pessoa física o faz, porque não tem vontade própria. Eles argumentam que o princípio da culpabilidade, quando se toca à pessoa jurídica, não pode ser considerado tal como se faz quando se está diante de uma pessoa física.

Ou seja, eles pregam que há o princípio da culpabilidade vinculado ao crime praticado pela pessoa física - esta não responde pelo crime se não agiu culposa ou dolosamente - como também há um outro princípio da culpabilidade que deve ser aplicado à pessoa jurídica e que deve ser reconhecido para impedir que sobre o manto da pessoa jurídica, pessoas físicas deixem de ser responsabilizadas e a própria pessoa jurídica deixe de receber as punições adequadas.

Para eles, não há motivos para não se adotar a possibilidade de a pessoa jurídica, no âmbito da ação penal que deve ser instaurada também para punir a pessoa física, venha a ser diretamente atingida pelos efeitos da decisão, reconhecendo que essa decisão atingiu a pessoa jurídica no âmbito penal, para que se viabilize que a pena produza todos os seus efeitos, ou seja, repressão e prevenção.

Essa corrente afirma que não se trata de responsabilidade penal objetiva. Para eles, há observância do princípio da culpabilidade, só que de forma adequada à pessoa jurídica, pois deriva do fato de a CR'88 ser predominantemente capitalista, que concentra os meios de produção no âmbito privado, mas, ao mesmo tempo, concede ao Estado a ingerência sobre toda e qualquer atividade, ainda que estritamente particular. Note-se que o próprio Estado estabelece que a pessoa jurídica que desejar atuar em determinada atividade econômica poderá fazê-lo desde que respeite os princípios que informam toda e qualquer atividade econômica, os quais estão consagrados no art. 170 da CR'88 que estabelece a preservação do meio ambiente.

Quando uma pessoa jurídica se presta a uma atividade econômica, ela se compromete com todo restante da sociedade e com o próprio Estado (que é o sujeito passivo nos crimes ambientais) a respeitar o meio ambiente. Se a pessoa jurídica desrespeitar esse pacto, degradando o meio ambiente, sua conduta será típica de acordo com a Lei 9605, surgindo daí a sua responsabilidade. Esta deriva do fato de a pessoa jurídica ter

desrespeitado o pacto firmado com a sociedade de preservar o meio ambiente, daí derivando a sua culpabilidade.

Ou seja, é o princípio da culpabilidade enxergado no âmbito social, o que afasta a alegação de existência de responsabilidade objetiva penal da pessoa jurídica.

A culpa da pessoa jurídica decorreria da quebra do pacto com a sociedade, surgindo daí o princípio da culpabilidade social.

Note-se que a Lei 9605 estabelece, no que tange à responsabilização da pessoa jurídica, que o crime a ela atribuído tenha sido praticado para beneficiar ou com a intenção de beneficiar a própria pessoa jurídica e não a pessoa física.

Quanto ao outro argumento da corrente que não admite a responsabilização da pessoa jurídica, fulcrado na inexistência de previsão de interrogatório na Lei 9605, os defensores da responsabilização penal afastam-no com base no art. 3º do CPP.

Tal dispositivo da lei processual admite que seja aplicada, na esfera processual, a analogia. Como há situações análogas no âmbito do processo civil e trabalhista onde algumas pessoas físicas se submetem ao depoimento pessoal representando as pessoas jurídicas, tais dispositivos no CPC e da CLT poderiam ser utilizados no processo penal para viabilizar a realização do interrogatório nos crimes ambientais praticados pela pessoa jurídica (Ada Pelegrini defende essa posição em artigo por ela subscrito).

Atualmente, há uma inegável tendência para que essa tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica cresça. Por outro lado, há doutrinadores que refutam essa tese, capitaneados por um comentador da lei ambiental que é o Luiz Régis Prado.

Já um outro comentador da lei ambiental é favorável à tese, que é o Vladimir Passos de Freitas. **VERIFICAR POSIÇÃO DO JUAREZ TAVARES!!!!**

De qualquer forma, é claro que parece ser completamente inadmissível que em uma ação penal venha a figurar como ré unicamente a pessoa jurídica, o que violaria por completo a teoria da ficção da pessoa jurídica.

### **CONDUTA TÍPICA**

A conduta deve encontrar adequação a um tipo penal, ou seja, exteriorizada a conduta, esta deverá se subsumir, se amoldar a uma norma penal. Ocorrendo essa adequação, pode-se dizer que a **CONDUTA É TÍPICA**.

Típica será a conduta que se adequar aos pressupostos de um tipo penal. A norma penal estabelece um modelo abstrato de um comportamento proibido ou um comportamento esperado e esse modelo deve ser perpetrado no caso concreto para que haja uma conduta.

O juízo de adequação da conduta pode se dar de maneira direta ou de maneira indireta.

Pode ser que a conduta se amolde diretamente à norma - *A atira em B querendo mata-lo e B morre*. Nesse exemplo, a conduta se adequou diretamente à norma do art. 121, daí porque se fala que houve **ADEQUAÇÃO TÍPICA DIRETA**.

Mas poderia ter ocorrido de **B** não morrer. Nessa hipótese, diz-se que houve uma **ADEQUAÇÃO TÍPICA INDIRETA**, porque a conduta de **A** não encontrou adequação típica direta à norma do art. 121, mas, mesmo assim, **A** será responsabilizado pela tentativa porque a norma do art. 14, II, viabiliza a adequação indireta ao tipo penal. Diz-se, assim, que houve uma **ADEQUAÇÃO TÍPICA POR SUBORDINAÇÃO INDIRETA** ou **POR SUBORDINAÇÃO MEDIATA** da conduta à norma penal.

A norma que viabiliza essa espécie de adequação típica (art. 14, II; art. 29) é **NORMA DE EXTENSÃO**, ou seja, é a norma que amplia os limites da tipicidade.

Na adequação típica direta a conduta se amolda ao tipo penal de forma linear, enquanto que na típica mediata, a conduta se amolda por uma relação triangular.

**Condução Típica**

- ↗ **Direta:** a subordinação da conduta à norma se deu diretamente.
- ↘ **Indireta:** a conduta não se adequa diretamente ao tipo, sendo necessária a utilização de uma norma de extensão, que amplia os limites da tipicidade.

O tipo penal deriva basicamente do reconhecimento do princípio da legalidade penal. O princípio da legalidade surge como uma limitação ao poder estatal de punir, surge com uma finalidade precípua de garantia, e o tipo penal concretiza esse princípio.

Logo, a primeira função do tipo penal é claramente de garantia do indivíduo contra eventual abuso estatal no exercício do seu poder-dever de punir.

A segunda função do tipo penal é uma função de **indiciar a ilicitude**. Enquanto a verificação da tipicidade ou não de uma conduta se dá através do exame de adequação, a verificação da ilicitude dessa conduta típica se dá depois de verificada se há excludentes ou não de sua aplicação.

A princípio, toda conduta por ser típica será ilícita, mas essa regra não é absoluta porque a ilicitude pode ser afastada quando existir uma situação que justifique o comportamento do agente.

Por isso é que se afirma que outra função do tipo penal é a de **indiciar a ilicitude**. Presume-se que a conduta típica será ilícita - "onde há fumaça, há fogo" - contudo essa regra não é absoluta.

Pode-se dizer então que há uma presunção relativa, ou seja, iuris tantum, de que há ilicitude em toda a conduta típica.

A existência dessa presunção relativa trará conseqüências para o processo, especialmente no âmbito probatório, principalmente no que toca ao ônus da prova quando se estiver diante de uma excludente de ilicitude. Prevalece o entendimento de que esse ônus da prova cabe à defesa (art. 156 do CPP).

Esse juízo de tipicidade (conduta adequada ao tipo penal) foi, durante muito tempo, a única espécie de tipicidade que se vislumbrou em âmbito penal.

O tipo penal era tido como uma coisa neutra e argumentava-se que se o legislador resolveu proibir um comportamento enunciando-o como proibido através do tipo, foi porque já havia valorado a conduta que se adequava ao tipo, daí porque toda a conduta que se adequasse ao tipo penal já seria desvalorada, não sendo permitida ao intérprete a valoração da conduta.

Ocorre que essa consideração do tipo como sendo uma coisa neutra, porque a valoração da conduta já havia sido realizada no âmbito legislativo, era adequada ao direito penal existente à época, que tinha uma função eminentemente repressiva. Na época em que prevalecia essa idéia, o tipo penal tinha uma função básica, qual seja, a de reprimir comportamentos anti-sociais, que não se adequavam ao tipo penal.

Contudo, com a evolução da dogmática penal, foi sendo verificado que o próprio direito penal tinha uma função não só de punir, mas também de garantir bens jurídicos.

O legislador seleciona os bens jurídicos mais valiosos de acordo com a pauta de valores constitucionalmente assegurados e protegidos. Os bens jurídicos que são passíveis de proteção no âmbito penal devem ser protegidos no âmbito constitucional, caso contrário o legislador penal não poderá protegê-los.

Admite-se, com isso, que outros bens jurídicos, que não sejam tão fundamentais para sociedade, não precisem ser protegidos na esfera penal, bastando a responsabilização civil ou administrativa.

O direito penal só atuaria enquanto última ratio, sendo subsidiário, fragmentando, só podendo atuar quando outros âmbitos do direito não fossem aptos a reprimir a conduta restabelecendo a ordem social.

Mas é evidente que mesmo os bens jurídicos protegidos no âmbito penal podem ser violados com maior ou menor intensidade, o que significa dizer que dentro do próprio direito penal, pode-se imaginar casos em que uma conduta se adeque à norma penal, mas não chegue a violar o bem jurídico com uma intensidade grande, a ponto de ser reconhecida a necessidade de atuação do direito penal para estabelecer a tranquilidade jurídica, o que poderia ser promovido por outras áreas do direito.

Assim, a partir do momento em que se reconheceu a função primordial do direito penal de garantir o bem jurídico, é que se passou a reconhecer a possibilidade de o tipo penal ser valorado. O tipo penal deve só pretender abarcar condutas que realmente se mostrem desvaloradas no âmbito penal.

Passou a ser reconhecido, assim, que não basta o tipo penal, pois algumas condutas até se adequam ao tipo, mas, por conta de sua insignificância ou em razão de alguma circunstância qualquer, não chegam a afrontar o direito penal, fazem com que seja desnecessária a atuação desse direito para reprimi-las.

Por exemplo, o furto - art. 155 do CP, nesse tipo penal o legislador protegeu o bem jurídico que é o patrimônio. Mas dentro do tipo penal do furto é possível imaginar a subtração de um carro, como também a subtração de um alfinete - que é coisa alheia móvel tal qual o carro. Será que o bem jurídico patrimônio foi afetado de forma idêntica nas duas situações?

A partir dessa consideração é que surge a consideração de que o juízo de tipicidade não se esgota no mero



juízo de adequação do fato à norma - TIPO FORMAL. Esse seria o primeiro passo para a verificação do intérprete - analisar se a conduta se adequou à norma.

Ocorre que a mera adequação do fato à norma, que é a adequação formal, não bastaria para que a conduta fosse realmente típica no âmbito penal. Isto porque, se a função do direito penal é proteger bens jurídicos, atuando em caráter subsidiário, por óbvio então que a tipicidade penal não pode se esgotar no simples juízo de subsunção.

O legislador apenas enuncia o indício de que a conduta que se amolde ao tipo penal é desvalorada frente ao direito penal como um todo. Mas esse indício deve ser confirmado pelo intérprete da lei diante do caso concreto, porque o tipo penal, por ser abstrato, não pode abranger todas as situações que têm possibilidade de ocorrer.

Esse juízo de valoração que se faz para confirmar que além da conduta ter se adequado à norma ela se mostra afrontadora do direito penal e por isso reclama uma intervenção penal é o JUÍZO DE TIPICIDADE MATERIAL, que alguns autores chamam de tipicidade CONGLOBANTE - a tipicidade material e a tipicidade formal.

A tipicidade material parte da idéia que o tipo não é neutro, ao contrário, ele visa a punir situações desvaloradas. Não é função do tipo abarcar situações que não se revelem desvaloradas para o direito penal, pois nem sempre o desvalor da conduta terá relevância penal.

A tipicidade material parte da consideração de que o tipo não é neutro e que por isso pretende abarcar só as situações que se revelem desvaloradas diante o direito penal.

Ocorre que alguns tipos são centrados na produção de resultados naturalísticos atingidos por conduta. Em algumas normas penais observar-se que o legislador pune a conduta mais porque o resultado indesejado foi causado e menos porque a própria

ação ou omissão do agente é que revela a necessidade de punição pelo direito penal.

Isto quer dizer que há tipos em que o desvalor penal é centrado no resultado produzido e, em outros tipos, o desvalor penal é centrado na conduta realizada. Os dois existem em todos os tipos penais mais alguns tipos enfocam o desvalor de resultado, enquanto outros priorizam o desvalor de conduta.

Os crimes culposos são crimes em que claramente o desvalor do resultado prepondera sobre o desvalor da conduta. De regra, todos os crimes materiais são crimes em que o desvalor de resultado é acentuado, mas não todos os tipos apresentam essa preponderância, como o homicídio em que os desvalores são equiparados.

Nos crimes em que prepondera o desvalor de resultado, pode ser observado, em determinados casos, que a conduta se adequa à norma, portanto há tipicidade formal, mas por vezes o desvalor penal do resultado não existe pela insignificância do evento (ex. furto do alfinete).

Nessas situações, observa-se que muito embora a conduta tenha se adequado à norma penal, o resultado ao bem jurídico não foi causado de forma a fazer com que o direito penal atue, pois a afetação foi diminuta, insignificante, o que exclui a tipicidade penal.

Assim, a conduta insignificante gera um resultado materialmente atípico, ensejando a ATIPICIDADE MATERIAL.

Esse princípio da insignificância ou bagatela foi criado pelo doutrinador alemão Claus Roxin e representa uma evolução à teoria finalista.

O princípio da insignificância ou bagatela já é reconhecido inclusive pelo Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência e a doutrina o reconhecem de forma bastante tranqüila.

Por outro lado, hoje em dia, vem sendo constatado que o princípio da insignificância está sendo aplicado em situações

que não estariam a ele sujeitas. A insignificância ou bagatela não pode ser aplicada a todo crime.

Não basta que o crime tenha um resultado naturalístico porque o homicídio tem um resultado naturalístico, mas ninguém cogita de aplicar a insignificância ou bagatela quando ele ocorre, como ninguém cogita de aplicar tal princípio quando há roubo, mesmo que a coisa roubada tenha um valor diminuto.

Isto porque por menor que seja o desvalor do resultado de roubo, fato é que esse crime não é centrado unicamente no desvalor de resultado, ele possuiu duas elementares - grave ameaça e violência - que revela um desvalor relevante da conduta, não sendo viável compatibilizar o princípio da insignificância ao crime de roubo, porque nele prevalece o desvalor da conduta ao do resultado.

Quanto ao homicídio, o bem jurídico vida não tem uma repercussão, ainda que indireta, no âmbito econômico, patrimonial, daí porque não se poderá estabelecer que o bem jurídico tenha uma valoração para o sistema maior ou menor. Ele não é traduzido em números.

Assim, é evidente que o princípio da insignificância ou bagatela tem exceções: **primeiro**, ele necessita que seja reconhecido, ainda que não de forma absoluta, o mínimo de disponibilidade do bem jurídico; **segundo**, além de uma certa disponibilidade do bem jurídico, ele só pode ser aplicado em crimes em que não há um desvalor de conduta exacerbado; e **terceiro**, não basta uma disponibilidade do bem jurídico, mas sim que este adquira uma repercussão direta ou indireta no patrimônio - repercussão patrimonial.

Não se pode reconhecer a insignificância na conduta de falsificação de uma cédula de 1 real, ou de 100 dólares. Nesse caso, trata-se de crime de perigo, em que o bem jurídico protegido é a fé pública, que pode ser afetada com uma única falsificação ou com 100 falsificações.

Vimos, assim, que a idéia de insignificância parte do pressuposto que o tipo penal deixou de ser uma coisa neutra, passando a pretender abarcar somente as situações que se demonstrasse de fato desvaloradas diante do direito penal.

O juízo de tipicidade, que antes se esgotava com a mera adequação do fato à norma, passou a exigir que a adequação do fato à norma fosse o primeiro passo para que se pudesse dizer que a conduta é típica. Isto é, o mínimo indispensável para que se atenda ao princípio da legalidade penal é que a conduta se enquadre no âmbito de proibição previsto na lei. Contudo, essa proibição legal não esgota o juízo de tipicidade, porque inúmeras situações se amoldam ao modelo abstrato da lei, mas dentro de um direito penal entendido como última "ratio", não chegam a realmente demandar a movimentação do direito penal para punir essas infrações.

Se no âmbito formal do tipo não há a valoração concreta de situação alguma, pois essa valoração já seria dada em abstrato pelo legislador, no âmbito material o tipo já passa valorado no plano concreto, e essa valoração faz com que condutas materialmente típicas sejam necessariamente condutas desvaloradas dentro do direito penal.

De acordo com a forma de vedação da conduta típica, esse desvalor que a figura típica manifesta pode infirmar mais para o resultado, o que acontece mais nos crimes materiais, de resultados naturalísticos, em que o desvalor do resultado tende a preponderar sobre o desvalor da conduta típica, ou, notadamente nos crimes de mera conduta, há uma tendência de priorizar o desvalor da conduta ao desvalor de resultado que nestes sequer existem no plano naturalístico.

Quando se chegar à conclusão de que a conduta, malgrado se subsuma à norma penal, não chega a afrontar o bem jurídico como um todo, deve ser excluído o desvalor do resultado, o que acontecerá quando aplicado ao caso concreto o princípio da insignificância ou bagatela.

Essa aplicação do princípio da insignificância ou bagatela excluirá o desvalor do resultado na situação concreta e, conseqüentemente, excluirá a tipicidade material da conduta. Obviamente, não é qualquer crime que possibilita a aplicação do princípio da insignificância ou da bagatela, pois se parte de uma idéia, a princípio, que o bem jurídico seja disponível.

Não se pode cogitar de aplicar a insignificância ao homicídio.

Não existe algum tipo penal que abdique, por completo, do desvalor da conduta ou do desvalor do resultado - sempre existem os dois - em alguns crimes eles se equilibram, noutros há uma preponderância do valor de resultado e em outros do desvalor da conduta - crimes de mera conduta e alguns crimes formais - em que o legislador dispensa a produção do resultado naturalístico, ou seja, no âmbito material, contenta-se o legislador com a produção do resultado no plano normativo.

Nesses crimes, pode ser que uma conduta muito embora se amolde ao tipo penal, não possa ser tida como desvalorada porque ela se comporta dentro dos padrões de normalidade da sociedade. Casos há em que uma conduta que se insira dentro dos padrões normais da sociedade, se amolda ao tipo penal, e nesses casos, é que poderemos cogitar da aplicação do chamado princípio da adequação social, que foi vislumbrado pelo pai do finalismo - Welzel.

Antes de se considerar as conseqüências desse princípio, deve-se observar que uma conduta que se insira dentro de um contexto de normalidade, que seja tolerada pela sociedade, não poderá ser uma conduta criminosa. Esse fato é certo é não há discussão a respeito.

Aquilo que é tipo como certo, lícito, normal pela sociedade não pode ser punido pelo direito. O direito se insere dentro de um contexto social - visa a atender os reclames da própria sociedade e, conseqüentemente, não pode punir o que a sociedade tem por normal.

A aplicação do princípio da adequação social - que parte dessa situação fática da conduta que se insere dentro dos padrões da normalidade - gera conseqüências de forma a excluir o caráter criminoso da conduta. Nenhum setor da doutrina diverge quanto a esse ponto, ou seja, a doutrina não diverge que uma conduta tida como normal pela sociedade não pode ser criminosa. O que é extremamente conflitante segundo a doutrina é saber explicar, dogmaticamente, em qual esfera do delito isso deve ser tratado.

Isto é, as conseqüências de molde a excluir o crime são razoavelmente aceitas pela doutrina de forma consensual, o que não é pacífico, sendo extremamente divergente, é explicar porque que não existe crime em tais situações. Qual esfera do delito ou qual pressuposto do crime fica prejudicado por conta da adequação social, se é a tipicidade, se é a ilicitude ou se é a culpabilidade? Tal fato é extremamente controverso.

Quando da concepção do princípio da adequação social, Welzel resolveu tratá-lo dentro da tipicidade - segundo ele, essas condutas que são aceitas pela sociedade seriam atípicas, porque o direito não poderia punir aquilo que a sociedade entende por normal. O tipo, em sua tipicidade material, normativa, não tenderia a abarcar tal situação.

Mas, o próprio Welzel, em edições posteriores de seu manual, modificou a sua posição para tratar esse princípio no âmbito da ilicitude. Depois, na última reedição de seu manual, ele reformulou novamente seu pensamento e voltou a tratar o princípio da adequação social o âmbito da tipicidade. A adequação social excluiria a tipicidade da conduta.

A doutrina dominante brasileira sustenta que a adequação social exclui a tipicidade (Rogério Greco) logo exclui o desvalor de conduta.

Mas há posições que tratam a adequação social no âmbito da ilicitude e no âmbito da culpabilidade.

A tese dominante trata no âmbito da tipicidade. Essa idéia de Welzel surgiu a partir do reconhecimento do que já

aconteciam. Situações de tipicidade de condutas não eram punidas, pois sequer se cogitavam de puni-las. Welzel percebeu esse acontecimento e reconheceu que o direito não poderia punir tais situações porque normais.

O exemplo clássico é o do funcionário público que recebe presentinhos sem qualquer vinculação com a prática de qualquer ato de ofício, o que poderia ser enquadrado no tipo penal da corrupção passiva. Outros exemplos poderiam ser mencionados. A restrição da liberdade individual do passageiro do ônibus que quer descer fora do ponto e é proibido. O crime contra os costumes (art. 233 do CP - ato obsceno) praticado durante o Carnaval. No contexto do Carnaval tais condutas são normais e por isso são considerados fatos atípicos.

O grande problema do princípio da adequação social - daí porque parte da doutrina não concorda com o tratamento dentro do âmbito da tipicidade - é que quando esse princípio é aplicado de forma abrangente pode-se chegar à consideração de que o costume contrário à lei poderia ocasionar a atipicidade da conduta.

A problemática maior dentro do princípio da adequação social é fazer com que nele não sejam tratadas as hipóteses de costumes "contra legem" porque é regra comezinha de direito, especialmente no direito penal, de que o costume não revoga a lei.

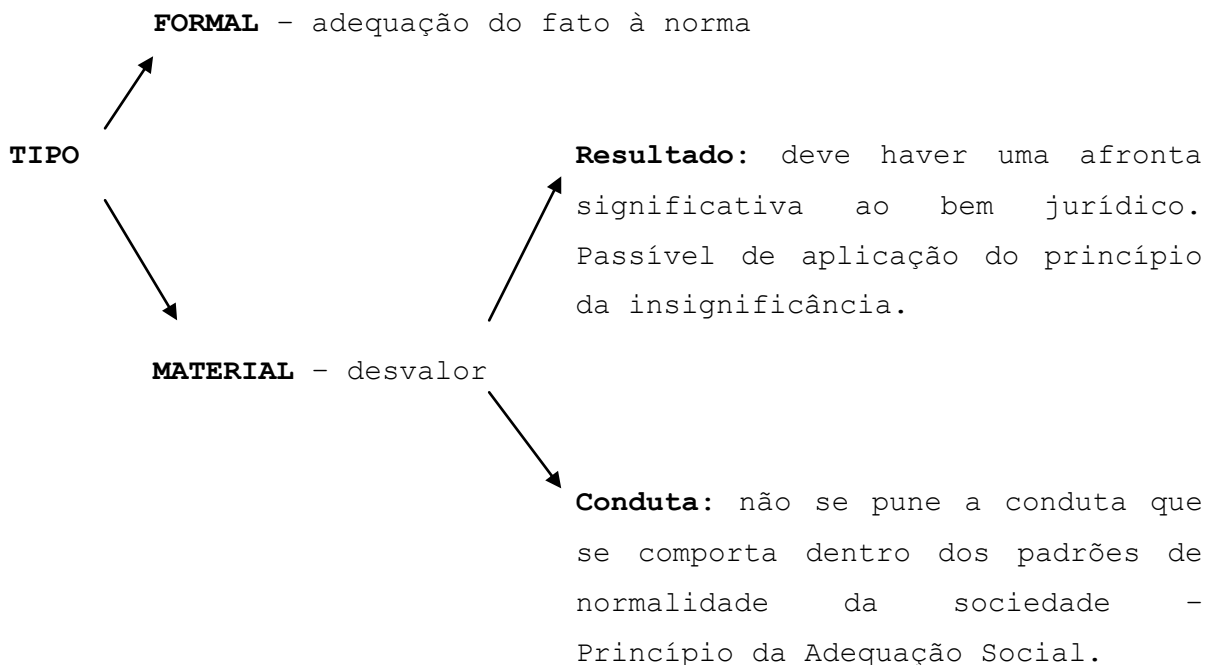
Se há um costume na sociedade contra a lei não se pode dar destaque a tal costume, tratando-o dentro da adequação social, porque esta deve levar em consideração, sobretudo, a finalidade legal e não os ideais daquele grupo específico. Por isso, não é possível que em uma comunidade pequena sejam considerados adequados para a sociedade em geral os crimes ambientais de matança de animais ou maltrato aos animais, como o da FARRA DO BOI.

Por isso é que Zaffaroni é refratário ao tratamento da adequação social dentro do âmbito da tipicidade, pois, não se pode deixar de reconhecer que o princípio da adequação social traz um pouco de insegurança na atuação concreta. E

insegurança é tudo o que não se deseja dentro da tipicidade, pois justamente o princípio da legalidade visa a garantir a segurança.

O costume é contra lei quando ele se choca com o padrão da sociedade em geral. Não basta que ele seja adequado a um determinado grupo social.

A adequação da conduta ao tipo deve ser vista no seu aspecto formal e, no plano material, deve-se verificar se essa conduta pode ser considerada normal (princípio da adequação social) ou se o bem jurídico não chegou a ser vulnerado (princípio da insignificância). O direito penal, por ser um direito de última ratio, não pretende abarcar situações que a sociedade tolera, o que, contudo, não atinge o costume contra a lei, mesmo que este venha a ser disseminado na sociedade (ex. camelôs que vendem produtos contrabandeados na rua).



### TEORIA DO TIPO



## TIPO DOLOSO

O tipo doloso permite uma clara distinção entre o tipo subjetivo e o tipo objetivo, daí porque se diz que o tipo doloso é um TIPO CONGRUENTE porque a sua parte subjetiva é toda voltada à realização da parte objetiva.

Pode-se notar claramente no tipo de crime doloso uma divisão bem nítida do tipo na parte objetiva e na parte subjetiva.

A parte subjetiva do tipo é composta primordialmente pelo DOLO, mas não unicamente. O tipo subjetivo diz respeito a menções ligadas a manifestação psíquica ou anímica do sujeito.

Nessas menções ou manifestações se destaca o DOLO, que é a vontade consciente e livre de realizar os elementos objetivos do tipo penal.

A maioria dos crimes dolosos se esgota, na parte subjetiva, no dolo, mas em alguns crimes dolosos o legislador insere no tipo uma menção a outra situação anímica, psíquica, que se distingue do dolo porque não está dirigida à realização da ação típica.

A nomenclatura que a doutrina dá a essa outra manifestação não é pacífica. Alguns falam em **dolo específico**, outros falam em **especial fim de agir**, ou **elemento subjetivo do tipo distinto do dolo**.

O fato é que também isso se dirige à manifestação anímica do sujeito, mas não é o dolo porque este se dirige basicamente ao núcleo verbal, que compõe a ação típica e integra o tipo objetivo do crime.

A falta do dolo ou do especial fim de agir desaguará em uma consequência idêntica, que é a atipicidade subjetiva da conduta.

A maioria dos crimes dolosos compõe-se só com o dolo, mas outros crimes não, como o crime de prevaricação - art. 319 do CP.

**Art. 319.** Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

São três os núcleos verbais: praticar, deixar de praticar ou retardar. O dolo se dirige à realização de uma dessas três manifestações: querer praticar, querer retardar ou querer deixar de praticar.

Só que o tipo não se satisfaz só com isso. O tipo, além de querer uma dessas três formas de manifestação de conduta, exige que uma delas seja realizada com uma finalidade especial - para satisfazer interesse ou sentimento de ordem pessoal. O tipo exige as duas intenções. A falta de uma delas leva à atipicidade subjetiva da conduta.

*Ex. oficial de justiça com vários mandados para cumprir, deixa de cumprir parte deles por falta de tempo. Apesar de o oficial ter deixado de praticar o ato de ofício, a conduta não é típica, porque não houve o dolo de querer deixar de praticar.*

Se o oficial de justiça receber um mandado para cumprimento em 05 dias e não realizar a diligência porque nesses 5 dias porque estava com muita preguiça e ficou dormindo em casa, a hipótese também será atípica - atipicidade subjetiva da conduta - apesar de existir o dolo de não querer praticar o ato de ofício, não houve o especial fim de agir, qual seja, satisfação de interesse ou sentimento pessoal, porque a preguiça não se insere dentro de um desses contextos.

O dolo é composto de dois elementos. O elemento de conhecimento (cognitivo) e o elemento de vontade (volitivo).

Assim, porque o dolo é a vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do crime, para que o sujeito possa realizar o elemento objetivo do tipo ele deve ter um conhecimento idôneo sobre a situação fática retratada nesse tipo objetivo.

Portanto, o elemento cognitivo do dolo corresponde ao conhecimento idôneo que o agente deve ter da realidade fática que é erigida à categoria de elemento objetivo do tipo penal.

Quando o agente, ao contrário, dirige a sua vontade ao cometimento de uma conduta baseada em uma análise inidônea que fez sobre uma realidade fática, o dolo estará prejudicado como um todo, porque o elemento cognitivo quando prejudicado pelo conhecimento inidôneo afetará o elemento volitivo, porque a vontade era de realizar algo idôneo frente ao tipo e não algo inidôneo.

*Ex. caçador que atira em um ser peludo que acreditava ser um urso e o mata. Só que não era um urso, mas sim um homem.*

A conduta seria de homicídio porque há uma concretização do tipo objetivo - matar alguém. No que toca ao tipo subjetivo, contudo, não existiu o dolo, porque o elemento cognitivo se baseou em dado inidôneo - o sujeito acreditava estar matando um urso - o sujeito atuou em erro no que toca a um elemento do tipo de homicídio - alguém - havendo um erro de tipo (análise equivocada da situação de fato).

Quando o elemento cognitivo do tipo penal for equivocado, atuando o sujeito em erro, o elemento cognitivo viciará o elemento de vontade, porque a vontade não é de matar alguém, mas sim de matar o urso, que é uma vontade estranha ao crime de homicídio. Não há dolo de homicídio.

Por isso que o erro de tipo sempre exclui o dolo, seja evitável ou não, essencial ou não, porque nele a vontade é baseada em premissa inidônea à luz do tipo penal.

O elemento de vontade, então, é dirigido à realização do elemento objetivo do tipo que foi corretamente analisado pelo sujeito.

O dolo contempla classificações. Primeiro, é a própria lei penal que distingue o dolo, quando no art. 18, I, descreve que se diz o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Essa distinção em duas espécies de dolo não deriva da doutrina, mas sim da própria lei penal porque o Código Penal prevê as duas situações: querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo.

**Art. 18. Diz-se o crime:**

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

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

Nessa locução querer o resultado há o **DOLO DIRETO**. E nessa locução assumir o risco de produzi-lo há o indicativo de **DOLO INDIRETO**.

A opção do legislador penal brasileiro no que toca à classificação do dolo foi a de vincular a vontade ao resultado.

Os nomes dolo direto, indireto, são nomes doutrinários. Enquanto a divisão em duas espécies de dolo é feita pela própria lei, a nomenclatura que se dá a cada uma dessas divisões é dada pela doutrina.

O dolo direto também contempla distinção ou divisão de espécie doutrinária. Setores da doutrina distinguem modalidades de dolo direto.

Para que o dolo possa ser direto, quando o legislador exige o desejar o resultado isto significa dizer que o agente tem a certeza que o resultado irá acontecer. Ou seja, no dolo direto, há uma certeza de que se a ação do sujeito se concretizar tal como idealizada, certos resultados acontecerão.

Acontece que há casos em que, da concretização do plano do sujeito tal qual esperada, decorrem vários resultados, sendo que, alguns deles apenas acontecem como efeito colateral necessário para que seja atingida a finalidade precípua do sujeito. Quando isso ocorre, é que cabe a distinção entre dolo direto de 1º ou de 2º grau.

O **DOLO DIRETO DE 1º GRAU** é aquele em que resultado corresponde à meta optada pelo agente, seu objetivo principal, ou seja, a finalidade precípua de seu atuar.

O **DOLO DIRETO DE 2º GRAU** corresponde aos efeitos colaterais indispensáveis ou necessários praticados para que o sujeito pudesse atingir sua meta.

*Ex. João deseja matar Manoel. Sua finalidade precípua é tirar a vida de Manuel. Ele poderia mata-lo com um tiro, com uma facada, de diversas formas, mas prefere colocar uma bomba em um avião que irá para os Estados Unidos levando Manoel, mas transportando, também, outras pessoas. Para João, agindo dessa forma, ninguém saberá que ele terá sido o responsável pela colocação da bomba. João, ao assim agir, tem plena consciência que, com a explosão da bomba, além de matar Manoel irá matar as outras pessoas que também se encontravam no avião.*

Há, assim, uma certeza de que vários resultados ocorrerão. Não uma mera assunção de risco, mas sim a consciência de que vários resultados decorrerão da conduta do agente. Ocorre que alguns desses resultados não correspondem à vontade principal do agente, mas sim são efeitos colaterais indispensáveis para o alcance do resultado principal.

Dessa forma, o resultado principal é abarcado pelo DOLO DIRETO DE 1º GRAU, enquanto os efeitos colaterais pelo DOLO DIRETO DE 2º GRAU.

Não é hipótese de dolo eventual, porque já se passou da mera assunção do risco. É caso de dolo direto pela certeza do resultado, porém de 2º grau.

O dolo de 1º de grau é mais intenso do que o de 2º grau, embora o resultado seja o mesmo. Tal distinção é importante porque a hipótese será de uma ação com vários resultados, o que representa espécie de crime concurso formal impróprio, porque todos os resultados são abarcados pelo dolo direto.

Há, no caso descrito no exemplo, uma conduta do sujeito com vários resultados distintos, o que configura hipótese de concurso formal (unidade de conduta com pluralidade de resultados). Mas o concurso formal dá ensejo a duas divisões: o concurso formal próprio e o concurso formal impróprio.

O **concurso formal próprio** é aquele em que, por fatalidade, acontecem vários resultados decorrentes de uma única ação. A consequência dele é o aumento da pena (art. 70 - 1ª parte).

Já o **concurso formal impróprio** é aquele em que os resultados decorrem de desígnios autônomos - dolo direto - o que acarreta em um somatório das penas (art. 70 - segunda parte), por isso é importante, no plano prático, a distinção entre o dolo de 1º grau e o dolo de 2º grau.

O dolo indireto também contempla classificação. A doutrina distingue o dolo indireto em **dolo eventual** e **dolo alternativo**.

No dolo indireto - assumir o risco de produzir o resultado - não há uma certeza do sujeito quanto à ocorrência do resultado, mas há uma assunção do risco de produzi-lo, ocorrendo uma manifestação de desprezo ao bem jurídico.

A doutrina afirma que existe o **DOLO EVENTUAL** quando o sujeito idealiza uma ação e antes de praticá-la cogita que dela poderá resultar a produção de um resultado típico ou não.

*Ex. X, dirigindo seu carro, vê seu desafeto Y na rua e decide dar um susto nele. No momento*

*em que o faz, ele prevê que algo pode acontecer a Y, mas, porque não gosta dele, não se importa que o resultado ocorra ou não, manifestando desprezo à integridade corporal de Y, o que acarreta no dolo eventual.*

Essa forma de manifestação dolosa pode ser confundida com uma espécie de culpa, que é chamada CULPA CONSCIENTE ou CULPA COM PREVISÃO.

Isto porque o ponto de semelhança entre essas manifestações é que no dolo eventual e também na culpa consciente há uma previsibilidade subjetiva, antes do sujeito agir, quanto à probabilidade da produção do resultado.

Mas as duas figuras se distinguem porque no dolo eventual, o sujeito prever a possibilidade de produzir o resultado e admite sua produção manifestando desprezo pelo bem jurídico tutelado, enquanto na culpa consciente o sujeito, apesar de admitir a possibilidade do resultado, crê que ele não irá ocorrer, por auto-confiança.

No caso concreto, é muito difícil distinguir o dolo eventual da culpa consciente porque a aferição da conduta deve se dar dentro do plano psíquico do agente, ou seja, só se poderia definir a modalidade se fosse possível adentrar na mente do agente antes de praticada a ação.

A doutrina prega que, nesses casos, sendo impossível extrair a prova da existência de um ou outro elemento subjetivo, o Estado pronuncie pela forma mais favorável ao agente.

A segunda forma de dolo indireto é o **DOLO ALTERNATIVO** que é aquele em que o sujeito tem uma previsibilidade subjetiva "ex ante" da conduta de que dela poderão decorrer dois resultados, ambos típicos, e o sujeito atuaria assumindo a possibilidade de ocorrência de um ou outro resultado.

O sujeito admite a possibilidade da ocorrência de um dos resultados, mas não tem certeza sobre qual deles irá ocorrer.

*Ex. X atira em B e imagina que o tiro pode gerar uma morte ou uma lesão corporal e, para ele, tanto faz.*

No exemplo acima, a consequência prática será a de que o sujeito sempre responderá pelo resultado mais grave, no mínimo, a título de tentativa.

No que toca ao dolo eventual, o Código Penal adotou a Teoria do Consentimento, também chamada de Teoria da Assunção do Risco. Essa teoria vem sendo abandonada pela doutrina européia - especialmente a espanhola - que vem pregando a existência do dolo eventual de uma mera ação em que dela decorra a probabilidade muito grande de o resultado acontecer. Há uma tendência dessa Teoria do Consentimento ser substituída, no futuro, pela Teoria da Probabilidade no que toca ao dolo eventual.

No Brasil, tal fato não poderá ocorrer sem uma modificação legislativa, porque a Teoria do Consentimento está expressa no Código Penal - art. 18, segunda parte.

*Exemplo de Santiago Mir Puig (defensor da Teoria da Probabilidade): Um terrorista resolveu colocar uma bomba em um prédio público para destruir o edifício sem qualquer intenção de matar alguém, por isso que programa a explosão da bomba para a madrugada. Ocorre que o terrorista sabe que um amigo íntimo seu, durante 4 vezes na semana, permanece de madrugada no edifício como vigilante. Ou seja, o agente tem um conhecimento especial sobre essa situação, mas como seus ideais predominam, ele coloca a bomba rezando para que no dia programado para a explosão, seu amigo não esteja trabalhando no edifício. Ele não poderia avisar seu amigo porque seria descoberto. Assim, longe de assumir o risco da produção do resultado, o terrorista deseja firmemente que a morte de*



*seu amigo não ocorra. Só que a bomba explode no dia em que seu amigo estava trabalhando, que acaba sendo morto pela explosão.*

Pela Teoria do Consentimento, seria muito difícil enquadrar a hipótese dentro do dolo eventual, pois efetivamente o agente não queria a produção do resultado, não havendo desprezo ao bem jurídico no plano subjetivo do agente. Só que, de acordo com a Teoria da Probabilidade, o dolo eventual estaria configurado porque havia a possibilidade de ocorrência do resultado, independentemente do desejo do agente em não produzi-lo.

## TIPO CULPOSO

O tipo do crime culposo é completamente diverso do tipo do crime doloso. Enquanto no tipo doloso se observa claramente a distinção entre o elemento objetivo e subjetivo, no tipo culposo essa distinção não se observa.

Os crimes culposos, ao contrário do que acontece no tipo doloso, representam **tipos incongruentes**, pois a vontade do sujeito não se dirige à concretização do resultado, ao contrário, a definição do que seja culpa parte do pressuposto de que o sujeito não quis a produção do resultado.

Justamente por isso, a doutrina dominante sustenta que o tipo culposo não contempla essa distinção entre elemento objetivo e subjetivo. Esse é o pensamento de Juarez Tavares, que possui uma monografia sobre o tema - Direito Penal da Negligência.

Para grande maioria da doutrina, o tipo culposo é uno e dentro dessa idéia a culpa não é elemento subjetivo do tipo, mas sim elemento normativo do tipo penal. O tipo culposo não conteria parte subjetiva. A vontade é extratípica.

A vontade no tipo culposo é normalmente voltada para a prática de uma conduta lícita, atípica (*ex. chegar rápido ao trabalho*), mas o resultado é obtido (os crimes culposos são crimes de resultado material) porque o sujeito se comportou no caso concreto manifestando descuido frente ao bem jurídico.

O crime culposo parte do pressuposto de que o sujeito manifesta um comportamento socialmente indesejado por ter sido descuido. Justamente em virtude desse descuido, algum bem valioso para o direito penal foi atingido, sendo lesionado.

Os tipos culposos tutelam os bens jurídicos mais essenciais para a sociedade, por isso é que o legislador não se contenta em punir somente o agente que quer lesionar tais bens, mas também pune aqueles que se comportam frente a esses bens jurídicos de forma descuidada.

Se o direito penal, frente aos outros ramos do direito, é subsidiário, os bens jurídicos atingidos pelos crimes culposos, dentro do direito penal como um todo, constituem a última "ratio". O tipo culposos só protege, dentro do direito penal, os bens realmente, fundamentalmente essenciais, por isso são considerados subsidiários dentro do direito penal.

Por isso é que o Código Penal adota, no que toca à culpa, o Princípio da Excepcionalidade (art. 18, §único), também chamado princípio dos "numerus clausus".

Só excepcionalmente o legislador pune a culpa. Se o tipo penal não fizer menção explícita à punição culposa, só haverá punição pela modalidade dolosa, daí porque se diz que o dolo é elemento subjetivo implícito do tipo penal.

A punição culposa é sempre explicitada pela norma penal (ex. art. 121, §3º, do CP). Se não houver menção explícita não há punição culposa (ex. artigo 130 - parte final - do CP - perigo de contágio venéreo: *saber ser portador* - dolo direto de perigo; *deveria saber ser portador* - dolo indireto de perigo e não culpa, apesar da posição contrária de alguns doutrinadores).

Na culpa, há uma idéia de que a sociedade, para que possa funcionar sem que bens jurídicos fundamentais sejam violados deve exigir de cada um de nós, indistintamente, que observemos o dever de cuidado para que não haja vulneração desses bens jurídicos.

A culpa se manifesta quando o agente atua com violação de dever de cuidado e dessa violação resulta a produção de uma lesão a esses bens jurídicos.

Discute-se, entretanto, a natureza desse cuidado. A doutrina dominante defende que culpa é o dever de cuidado objetivo (Juarez Tavares).

A culpa é aferida mediante a comparação do atuar já ocorrido do agente - é, assim, um juízo exercido após a prática da conduta - com o comportamento que um homem médio teria apresentado se tivesse atuado no contexto em que o agente estava.

Se dessa comparação resultar a conclusão de que o agente obrou com um cuidado inferior ao que homem médio teria no mesmo contexto, estará configurada a culpa.

Se desse juízo comparativo resultar a conclusão de que o agente atuou com um comportamento igual ou superior ao exigido do homem médio no mesmo contexto, não estará configurada culpa e a lesão ao bem jurídico não poderá a ele ser imputada. Esse é o entendimento da doutrina amplamente dominante.

Mas há casos em que o agente apresenta uma capacidade subjetiva inferior a do homem médio.

Um sujeito, com uma certa inferioridade mental, atua com extremo cuidado para suas condições, mas esse cuidado é bem inferior ao exigido do homem médio e causa um resultado danoso a determinado bem jurídico. A doutrina dominante entende que nesses casos há culpa, há tipicidade, mas não há culpabilidade. O sujeito deveria ser exculpado porque não tinha a capacidade de atender ao que a norma dele esperava, ou seja, a ele não era exigida conduta diversa.

Contudo, essa tese apresenta um problema que ocorre, justamente, quando verificada a situação inversa, ou seja, a situação do sujeito que, por tem um especial conhecimento, tem uma capacidade de agir cuidadosamente superior a do homem médio.

*Ex. O médico que é o maior especialista em determinado tipo de cirurgia e é contratado para realizá-la em um paciente. No dia da cirurgia, ele atua com desatenção, mas, mesmo sendo desatento, seu padrão de cuidado é bem superior ao exigido do homem médio. O paciente morre e fica constatado na perícia que se o médico tivesse atuado com precisão absoluta que dele se esperava o resultado morte não teria acontecido.*

Para a doutrina dominante, seria hipótese de atipicidade da conduta do médico, porque não houve violação ao

cuidado objetivo, porque sua atuação foi superior à exigida do homem médio.

Mas há um setor da doutrina que entende, de forma bastante minoritária, sendo no Brasil defendida por Heitor da Costa Jr., que a culpa é a violação do cuidado SUBJETIVO e, dentro desse contexto, o médico teria praticado crime culposo e o sujeito com deficiência mental não teria praticado qualquer crime culposo.

A crítica a essa teoria reside, justamente, na insegurança jurídica que ela provoca.

Claus Roxin, por sua vez, defende uma posição intermediária, também minoritária, na qual a culpa é uma violação do cuidado objetivo quando o agente manifesta uma capacidade não extrema para cima. Ou seja, se o sujeito tem uma capacidade normal, a culpa é violação do cuidado objetivo. Se por condições pessoais, o sujeito tem uma capacidade inferior ao do homem médio, sua situação deverá ser analisada na culpabilidade e não na tipicidade. Contudo, se a capacidade do sujeito for superior à exigida do homem médio, a culpa deve ser vista no âmbito subjetivo, ou seja, a culpa será violação do cuidado subjetivo quando o agente, por sua notória capacidade, tem uma possibilidade de atenção ou capacidade bastante superior ao do homem médio.

Fala-se em culpa consciente e em culpa inconsciente.

A **culpa consciente** é aquela culpa com previsão subjetiva, que pode ser confundida com o dolo eventual. Isto é, culpa consciente é aquela culpa onde antes de cometer a ação ou no momento do seu cometimento, o sujeito prevê a ocorrência do resultado, mas acredita que o resultado não ocorrerá, não assumindo o risco de produzi-lo por ser autoconfiante.

A **culpa inconsciente** é aquela que é despida de previsibilidade subjetiva. Só há a previsibilidade objetiva - possibilidade de o homem médio, no contexto, tem a possibilidade de prever o resultado.

Se não existir a previsibilidade objetiva, haverá um acontecimento inusitado, uma má sorte, um azar, um acontecimento fortuito.

*Ex. sujeito coloca um pneu novo no seu carro, mas ele estoura e causa o atropelamento da pessoa.*

Não há culpa nesse caso, pois o homem normal não poderia imaginar que o pneu novo irá estourar. Contudo, se o pneu fosse velho, desgastado, haveria a possibilidade da ocorrência do resultado por um homem prudente, estando caracterizada a culpa inconsciente porque presente a previsibilidade objetiva.

As formas de manifestação culposa estão expressas no Código Penal - art. 18, II - em rol não taxativo.

A doutrina distingue a imperícia, da imprudência, da negligência.

A **imperícia** deriva de uma inobservância de regra técnica. A **imprudência** deriva de uma ação e a **negligência** deriva de uma omissão.

Acontece que uma dessas formas de manifestação culposa acaba abarcando todas as demais, que é a **negligência**, daí derivando o livro do Prof. Juarez Tavares - Direito Penal da Negligência.

Isto porque a culpa independentemente da forma de sua manifestação exige uma inobservância do dever de cuidado, portanto, uma omissão, daí porque presente sempre a negligência.